القواعد الفقهية

قاعدة ((لا ضرر ولا ضرار))

تمهيد :

هذا هو نص القاعدة عند بعض المتأخرين من شراح مجلة الأحكام العدلية كالأتاسي في كتابه (شرح المجلة)، وأحمد الزرقا في (شرح القواعد الفقهية)، وغيرهما .

في حين نجد أن المتقدمين كابن السبكي، والسيوطي، وابن نجيم ـ رحمهم الله ـ قد عبروا عن هذه القاعدة بلفظ آخر وهو : (الضرر يزال)، وجعلوا اللفظ الأول دليلاً وأصلاً لهذه القاعدة.

غير أن التعبير بصيغة الحديث عن القاعدة أشمل وأعم ؛ لأمرين :

الأمر الأول : أنه يشمل الضرر ابتداء ومقابلة .

الأمر الثاني : أنه يعطي القاعدة قوة ومتانة ، حيث يجعلها دليلاً شرعياً صالحاً لبناء الأحكام الشرعية عليه باعتبار أنها نص حديث نبوي كريم ، وهذا الأمر لا يتأتى في الصيغة الثانية .

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

لا : نافية للجنس .

الضرر : ـ بفتح الضاد ـ والضرار ـ بكسرها ـ كلمتان مادتهما واحدة وهي : الضر ، من ضره وضاره ، ومعناها في اللغة : خلاف النفع كما قال الجوهري .

وبناء على هذا تكون الكلمة الثانية تأكيداً للكلمة الأولى في الاصطلاح ، فمعناهما واحد وليس بين الكلمتين فرق معنوي ، وقال بذلك بعض أهل العلم .

والراجح هو التفريق بينهما ؛ لأن حمل اللفظ على التأسيس أولى من حمله على التأكيد.

ولكن اختلف في هذا الفرق على أقوال ذكرها ابن حجر الهيتمي ـ رحمه الله ـ في شرح الأربعين النووية ، ومن تلك الأقوال :

القول الأول : أن الضرر هو إلحاق الإنسان مفسدة بغيره مطلقاً ، والضرار إلحاق الإنسان

مفسدة بغيره على وجه المقابلة له على وجه غير جائز ، وعبر عنه البعض بأنه لا يضر أخاه ابتداء ولا جزاء .

القول الثاني : أن الضرر ما تضر به صاحبك وتنتفع به أنت ، والضرار مضرة من غير أن ينتفع به .

القول الثالث : أن الضرر هو الاسم ، والضرار هو المصدر ، فيكون نهياً عن الفعل الذي هو المصدر وعن إيصال الضرر الذي هو الاسم إليه . وقيل غير ذلك .

والراجح من هذه الأقوال : هو القول الأول ـ والله أعلم ـ .

ووجه ترجيحه :

قال الشيخ أحمد الزرقا ـ رحمه الله ـ : (وهذا أليق بلفظ الضرار ؛ إذ (الفعال) مصدر قياسي لفَاعَلَ الذي يدل على المشاركة).

ثانياً : المعنى الإجمالي :

القاعدة نص في تحريم الضرر والضرار بحسب معناهما المتقدم ، لأن النفي ب(لا) الاستغراقية يفيد تحريم سائر أنواع الضرر في الشريعة ؛ إذ ليس المقصود هو نفي الوقوع ؛ لأن الضرر والضرار واقعان بكثرة ولا ينكر ذلك إلا مكابر ، فلم يبق إلا أن يكون المقصود هو نفي الجواز ، وإذا نفي الجواز ثبت التحريم.

وقد سيق ذلك بأسلوب نفي الجنس ؛ ليكون أبلغ في النهي والزجر .

والضرر والضرار المحرمان مقيدان بما كان بغير وجه حق ، أما ما كان بوجه حق ، وأذن به الشرع ، فإنه غير محرم ؛ لدلالة الشرع عليه كالحدود والقصاص والعقوبات والتعازير ؛ فإن إنزال العقوبات المشروعة بالمجرمين لا ينافي مدلول القاعدة ، وإن ترتب عليها ضرر بهم ، لأن هذا مقتضى العدل ، وهذه العقوبات في الحقيقة لم تشرع إلا لدفع الضرر عن سائر الناس بكف أذى المجرمين عنهم .

ثم إن هذه القاعدة تشمل منع الضرر العام والضرر الخاص ، كما تشمل دفع الضرر قبل وقوعه بسبل الوقاية الممكنة ، وتشمل رفعه بعد وقوعه بشتى الطرق المتاحة على قدر

الإمكان .[1]

أدلة القاعدة :

هذه القاعدة نص حديث نبوي حسنه بعض أهل العلم وقد أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلاً .

وأخرجه الحاكم في المستدرك وصححه والبيهقي والدارقطني في سننهما من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه مسنداً .

وأخرجه ابن ماجه مسنداً من حديث ابن عباس وعبادة بن الصامت رضي الله عنهما.

والحديث وإن كان في بعض طرقه مقال إلا أنه يقوي بعضها بعضاً ، وقد تقبله جماهير العلماء واحتجوا به .

وقد جاء القرآن أيضاً بالنهي عن بعض صور المضارة مما يؤكد دلالة معنى القاعدة ، ومن تلك الصور :

الصورة الأولى: تحريم المضارة في الوصية في قوله تعالى : ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ ﴿١٢﴾﴾ .

الصورة الثانية: تحريم المضارة في الرجعة في قوله تعالى : ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾.

الصورة الثالثة: تحريم المضارة في الرضاع في قوله تعالى : ﴿لَا تُكَلَّفُ نَفۡسٌ إِلَّا وُسۡعَهَاۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوۡلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ .

الصورة الرابعة: تحريم مضارة الكاتب والشاهد في قوله تعالى: ﴿وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٞ وَلَا

---

[1]) الإضرار ولو كان على سبيل المقابلة لا يجوز أن يكون هدفاً مقصوداً وإنما يلجأ إليه اضطراراً ، فكيف نوفق بين هذا وبين قوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ ؟ حيث جوز رد السيئة بمثلها ؟

الجواب : أن هذا التجويز إنما حصل لكونه بوجه حق ، وخصه بعض أهل العلم بالجناية على النفس أو البدن مما يشرع فيه القصاص ؛ لأن الجنايات لا يقمعها إلا عقوبة من جنسها .

بينما يبقى أصل القاعدة في النهي عن المضارة على سبيل المجازاة بغير وجه حق حيث لا يكتفي الإنسان بأخذ حقه فقط بل يزيد على ذلك ظلماً وعدواناً .

وخصه البعض بالجناية على المال فمن أتلف مال غيره ـ مثلاً ـ فإنه لا يجوز أن يقابل بإتلاف مال المتلف الأول ؛ لأن في ذلك توسعة للضرر بلا منفعة ، والأفضل منه تضمين المتلف قيمة المتلفات .

شَهِيدٌ ﴾ .

الصورة الخامسة : تحريم مضارة المطلقات في قوله تعالى : ﴿ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ﴾.

أهمية القاعدة :

تظهر أهمية القاعدة بجلاء ووضوح عند معرفة أبواب الفقه المنبنية عليها ، وهي كثيرة ومنها :

الباب الأول : الخيار بأنواعه ، حيث شرع لدفع الضرر الواقع على أحد المتعاقدين .

الباب الثاني : الحجر بأنواعه ، حيث شرع لرفع ضرر الغرماء أو ضرر السفيه المحجور عليه .

الباب الثالث : الشفعة ، فإنها شرعت لدفع ضرر الشريك المأنوف عنه ، وكذا ضرر الجار عند من يثبتها .

الباب الرابع : القصاص ، فإنه شرع لدفع الضرر الواقع على المعتدى عليه أو وليه ، أو لدفع الضرر المتوقع مستقبلاً كالاعتداء على الناس وسلب أموالهم وهتك أعراضهم .

الباب الخامس : نصب الأئمة والقضاة من أجل دفع الضرر الواقع على المظلومين ؛ لأنه لو سمح للمظلوم أن يأخذ حقه بنفسه ممن ظلمه لتوسعت دائرة الضرر والمضارة .

الباب السادس : الحدود والفسوخ وضمان المتلفات والقسمة للأموال وقتال المشركين والبغاة ودفع الصائل .

القواعد المندرجة تحت القاعدة الكبرى ((لا ضرر ولا ضرار))

القاعدة الأولى :

الضرر يدفع بقدر الإمكان

الفرق بين الدفع والرفع :

يطلق الدفع في الأصل على مقاومة الشيء ومدافعته قبل الوقوع ، بينما يطلق الرفع على إزالة الشيء بعد وقوعه .

وهذا التفريق بناء على الأصل وقد يطلق أحدهما على الآخر فيشمل كلا المعنيين ، وهو ما وقع في معنى الدفع في هذه القاعدة ، حيث إنه لا يقتصر على إزالة الضرر قبل وقوعه ، بل يشمل أيضاً إزالته بعد الوقوع .

معنى القاعدة :

وجوب [1] دفع الضرر قبل وقوعه أو بعده بكل الوسائل والإمكانيات المتاحة ، فإن أمكن دفع الضرر بالكلية فهو المطلوب ، وإن لم يمكن فإنه يدفع بقدر الاستطاعة والمقدرة ؛ لأن التكليف الشرعي مقترن بالقدرة على التنفيذ .

الأمثلة على القاعدة :

(أ) أمثلة إزالة الضرر بالكلية :

المثال الأول : مشروعية الشفعة لدفع الضرر المتوقع عن الجار .

المثال الثاني : مشروعية الخيار بأنواعه ؛ لدفع الضرر المتوقع على أحد العاقدين .

المثال الثالث : مشروعية الحجر على السفيه ؛ لدفع الضرر المتوقع نتيجة سوء تصرفاته المالية .

المثال الرابع : رد العين المغصوبة إلى صاحبها إذا بقيت عينها وكانت سليمة .

وغيرها مما سبق بيانه وتوضيحه في أهمية القاعدة .

---

١) حكمنا بالوجوب ؛ لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب . انظر : شرح القواعد للزرقا (ص ١٧٩) .

(ب) أمثلة إزالة الضرر بقدر الاستطاعة والمقدرة :

المثال الأول : مشروعية رد العين المغصوبة إذا كانت ناقصة مع ضمان الغاصب لمقدار النقص الطارئ عليها ؛ لأن ضرر صاحبها لا يمكن إزالته بالكلية بعد نقصانها ـ ولهذا فإن ضرره يزال بقدر المستطاع ، وذلك برد العين المغصوبة إليه مع ضمان الغاصب قيمة التالف منها .

المثال الثاني : مشروعية الدية إذا عفا بعض أولياء الدم ، فإن من لم يعف منهم لا يمكن زوال الضرر عنه إلا بقتل القاتل ، ولكن لما تعذر ذلك بسبب العفو من بعض الأولياء ، كان دفع ضرره بقدر الإمكان هو المتعين ، وذلك بدفع الدية إليه .

المثال الثالث : مشروعية الحجر على المفلس — وهو من كان دينه أكثر من ماله — ومحاصة الغرماء مال المفلس على قدر ديونهم ؛ وذلك لأن ضرر هؤلاء لا يزول بالكلية إلا بأخذهم واستيفائهم لديونهم كاملة ، ولكن لما تعذر ذلك بسبب إفلاس المدين ، كان دفع ضررهم بقدر الإمكان واجباً ، وهو أخذ كل واحد منهم من مال المفلس بمقدار حصته من الدين .

القاعدة الثانية :

الضرر يزال[1]

تنبيه :

تقدمت الإشارة إلى أن نص هذه القاعدة هو نص القاعدة الكبرى عند أكثر المتقدمين ، ولما رجحنا أن لفظ القاعدة الكبرى هو : ((لا ضرر ولا ضرار)) اعتبرنا أن هذه القاعدة مندرجة تحتها .

وقد جاءت هذه القاعدة ثانية في المنهج بعد قاعدة الضرر يزال بقدر الإمكان ، والذي أراه أن حقها التقديم لأمرين :

الأمر الأول: أن بعض أهل العلم اعتبرها قاعدة كبرى كما تقدم .

الأمر الثاني: أنها أعم وأشمل من قاعدة الضرر يزال بقدر الإمكان ، حيث جاءت القاعدة الثانية بقيد توضيحي زائد على هذه القاعدة ، وهو أن الضرر يزال ـ وهو ما تفيده هذه القاعدة ـ فإن لم تمكن إزالته فلا أقل من أن يزال بقدر الاستطاعة والإمكان ـ والله أعلم ـ

معنى القاعدة :

وجوب إزالة الضرر بعد وقوعه كما تقدم.

الأمثلة على القاعدة :

هذه القاعدة لها أمثلة كثيرة في المعاملات والمناكحات والدماء وغيرها ، قال العلائي ـ رحمه الله ـ : (قد رجع إلى هذه القاعدة نحو النصف ، أو أكثر من أبواب الفقه ومسائله ، وحاصلها يرجع إلى تحصيل المصالح ، أو تقديرها بدفع المفاسد).

ومن تلك الأمثلة :

المثال الأول: مشروعية خياري العيب والغبن لإزالة الضرر عن المشتري الذي لم يدخل إلا على السلامة.

المثال الثاني: مشروعية فسخ النكاح بأحد العيوب المعروفة لا سيما في جانب المرأة

---

١) عبر العلائي عنها في المجموع المذهب (٢/٣٧٥) بقوله : ((الضرر المزال)) .

حيث لا تتمكن من الطلاق .

المثال الثالث : مشروعية القصاص والحدود كالزنا والسرقة والقذف وغيرها ، وذلك لدفع الضرر الواقع على المعتدى عليه أو وليه ، ولدفع المعرة اللاحقة بأهل المزني بها ، ودفع الضرر عن أموال الناس ، ودفع مفسدة انتهاك الأعراض على التوالي .

المثال الرابع : إيجاب الزكوات في أموال الأغنياء ؛ لدفع ضرر الحاجة عن الفقراء .

المثال الخامس : مشروعية قسمة الإجبار في الأموال المشتركة حين تضرر أحد الشركاء دفعاً لضرره .

المثال السادس : إذا سلط إنسان ميزاب بيته على الطريق العام بحيث يضر بالمارين ، وجب عليه إزالته .

المثال السابع : إذا حفر حفرة أو بنى حائطاً ونحو ذلك كوضع بلوك وتراب ومواد بناء في الطريق العام وحصل منه ضرر على المارين ، فإنه تجب عليه إزالته .

المثال الثامن : لو زرع شجرة في بيته فتدلت أغصانها على بيت جاره ، أو فتح نافذة في بيته تطل على مقر نساء جاره بحيث يلحق الجار منهما ضرر فإنه يجب عليه إزالة مثل ذلك.

المثال التاسع : لو غاب إنسان عن زوجته مدة طويلة فتضررت الزوجة من غيابه ، وجب عليه العودة إليها أو إحضارها عنده أو طلاقها .

المثال العاشر : مشروعية تضمين المتلفات تعويضاً للتلف الناجم عن التعدي .

القاعدة الثالثة :

الضرر لا يزال بمثله

تنبيه :

عبر بعض المتقدمين عن هذه القاعدة بقوله : ((الضرر لا يزال بالضرر)) ، والراجح ـ والله أعلم ـ التعبير بالصيغة الأولى ؛ لأن العبارة الثانية يتوجه إليها انتقاد وهو : أنها أجملت درجة الضرر الثاني إذ هو يشمل الضرر الأشد والمساوي والأخف ، فيفهم منها أن الضرر الأعظم لا يزال بالضرر الأخف ، وهذا خلاف مدلول القاعدة حيث لا يدخل فيها – عند التعبير بالصيغة الأولى – الضرر الأخف ؛ لأن معناها – كما سيأتي – : أن الضرر يزال ، لكن لا بضرر مساوي له ولا بما هو أشد منه من باب أولى ، بل يزال الضرر بدون ضرر إن أمكن ذلك ، وإن لم يمكن إزالته إلا بضرر فليكن ذلك الضرر أخف منه .

معنى القاعدة :

هذه القاعدة يمكن اعتبارها قيداً للقاعدة السابقة ((الضرر يزال)) [1] ؛ لأن الضرر مهما كان واجب الإزالة ، فإن إزالته لا تكون بإحداث ضرر مثله ، ولا بإحداث ضرر أعظم منه بطريق الأولى ، بل الواجب إزالة الضرر بدون إضرار بالغير إن أمكن ، وإلا فبأخف منه .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول: أن المكره بالقتل على قتل مسلم بغير حق ، لا يجوز له الإقدام على القتل ؛ لأنه إزالة ضرر بمثله .

المثال الثاني: أن المضطر إلى الطعام لا يجوز له أن يدفع ضرره بطعام مضطر مثله .

المثال الثالث: لو سقط على جريح ، إن استمر قتله وإن انتقل قتل غيره ، قيل : يستمر ؛ لأن الضرر لا يزال بمثله .

المثال الرابع: عدم إجبار السيد على تزويج العبد والأمة وإن تضررا ؛ لأن دفع الضرر عنهما لا يكون إلا بإلحاق الضرر بسيدهما .

---

١) قلنا يمكن اعتبارها قيداً ؛ لأن بعض العلماء كابن السبكي والسيوطي وغيرهما قالوا : هما سواء ؛ لأنه لو أزيل الضرر بالضرر لما صدق أن الضرر قد زال . انظر المراجع السابقة .

المثال الخامس: إذا ظهر في المبيع عيب قديم وحدث عند المشتري عيب جديد ، امتنع رد المبيع بالعيب القديم ،لتضرر البائع بالعيب الحادث إلا أن يرضى ، وإلا فيعود المشتري على البائع بالنقصان الحاصل من العيب القديم .

المثال السادس: عدم فرض النفقة للفقير على قريبه إذا كان القريب لا يقدر إلا على نفقة نفسه .

المثال السابع: إذا كان هناك مال مشترك غير قابل للقسمة ، وتضرر أحد الشريكين من الشركة ، وطلب إزالة ضرره عن طريق القسمة ، فإن شريكه لا يجبر عليها ؛ لأن في القسمة ضرر أشد من ضرر الشركة .

المثال الثامن: إذا تعسرت ولادة المرأة ، والولد حي يضطرب في بطنها وخيف على الأم ، فإنه يمتنع من تقطيع الولد لإخراجه ؛ لأن موت الأم به أمر موهوم .

القاعدة الرابعة :

الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف

تنبيه حول علاقة هذه القاعدة بالقاعدة السابقة :

تقدم بيان معنى قاعدة : ((الضرر لا يزال بمثله)) وتبين أن لها مفهوماً وهو : أنه إذا كان أحد الضررين لا يماثل الآخر فإن الضرر الأعلى والأشد يزال بالضرر الأدنى والأخف .

وعدم المماثلة بين الضررين إما لعظم أحدهما على الآخر وشدته في نفسه ، وهو ما أفادته هذه القاعدة ، وإما لخصوص أحدهما وعموم الآخر ، وهو ما سيأتي في القاعدة السابعة .

معنى القاعدة :

أنه إذا كان أحد الضررين أعظم وأشد من الآخر في نفسه ، فإن الضرر الأشد يزال بارتكاب الضرر الأخف .

دليل القاعدة : [1]

مما يمكن أن نستدل به على هذه القاعدة حديث الأعرابي الذي بال في طائفة من المسجد فزجره الناس ، فنهاهم النبي ﷺ عن ذلك بقوله : ((لا تزرموه)) وتركه حتى قضى بوله ، ثم أمر بذنوب من ماء فطهر به ذلك الموضع ، الحديث متفق عليه .

وجه الدلالة منه : أن النبي ﷺ رأى أن منعه حالة البول كان سيؤدي إلى مفاسد أشد من بوله في الموضع ، من تكثير مواضع النجاسة في المسجد ، وانكشاف عورته ، وتنجيس بدنه وثوبه ، ومن احتباس البول بعد خروج بعضه ، فيعود عليه بداءٍ يتأذى منه ، إضافة إلى تنفير الأعرابي من هذا الدين ، ولهذا آثر النبي ﷺ تركه ؛ إزالة للضرر الأشد بارتكاب الضرر الأخف .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : جواز فداء الأسير المسلم بالمال إذا كان لدى الكفار ؛ لأن الضرر في أسر

---

١) يمكن الاستدلال أيضاً بقصة الخضر مع أصحاب السفينة .

المسلم لدى الكفار أشد من الضرر في دفع المال إليهم .

المثال الثاني : لو غصب الإنسان خشبة وأدخلها في بناء بيته فإنه لا يلزمه نقض البناء لإخراج الخشبة ؛ لأن الضرر في نقض البناء أشد من الضرر في تفويت الخشبة على صاحبها مع أخذه لقيمتها من مغتصبها .[1]

المثال الثالث : وجوب فرض النفقة على الموسر لقريبه الفقير ؛ لأن ضرر الفقير بعدم النفقة أشد من ضرر الموسر بفرض النفقة عليه .

المثال الرابع : حبس من وجبت عليه النفقة إذا امتنع عن أدائها ولو نفقة ابنه ، وجواز ضربه في الحبس إذا امتنع عن الإنفاق .

المثال الخامس : لو غصب أرضاً فبنى فيها أو غرس ، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعا وردت ، وإلا ضمن له قيمتها .

***

١) قيل إن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإلا لم ينقطع حق المالك عنها .

القاعدة الخامسة :

إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما

تنبيه حول علاقة هذه القاعدة بالقاعدة السابقة :

ذكر الشيخ أحمد الزرقا أن بعض العلماء يرى أن هذه القاعدة عين القاعدة السابقة ، ثم عقب على ذلك بقوله : ((ولكن يمكن أن يدعى تخصيص الأولى بما إذا كان الضرر الأشد واقعاً وأمكن إزالته بالأخف كما في الأمثلة المسوقة فيها ، وتخصيص هذه بما إذا تعارض الضرران ولم يقع أحدهما بعد ، وهذا أحسن من دعوى التكرار ، إذ التأسيس أولى من التأكيد إذا أمكن ، وإلى هذا التخصيص يشير التعبير بـ (يزال) في الأولى ، وبـ (تعارض) في الثانية)) .

معنى القاعدة :

إذا اجتمع في أمرٍ ما مفسدتان – أي ضرران – وكان أحدهما أعظم ضرراً من الآخر ، وتعين ارتكاب أحدهما ، فإنه يدفع ويراعى الضرر الأعظم عن طريق ارتكاب الضرر الأخف .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : تجويز دفع الأجرة وأخذها على ما دعت إليه الضرورة من الطاعات كالأذان والإمامة وتعليم القرآن والفقه ونحو ذلك ؛ لأن المفسدة في دفع الأجرة عليها وأخذها أخف من المفسدة في تعطيل هذه الأمور ، فيرتكب الأخف لدفع الأعظم .

المثال الثاني : تجويز السكوت على المنكر إذا كان يترتب على إنكاره ضرر أعظم .

المثال الثالث : جواز شق بطن المرأة الحامل إذا احتيج إليه وكانت حياة الولد مرجوة ؛ لأن المفسدة في شق بطنها أخف من المفسدة في موت الولد ، وخصوصاً في الوقت الحاضر وتطور إجراء العمليات الجراحية .[1]

المثال الرابع : لو أن مصلياً لا يقدر على القراءة قائماً ؛ لاحتمال انكشاف عورته ، ولو

---

١) وأولى منه جواز شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت حياته مرجوة .

صلى قاعداً لم تنكشف ، فإنه يصلي قاعداً ؛ لأن مفسدة ترك القيام أهون من القيام مع انكشاف العورة .

المثال الخامس : شخص به جرح لو سجد لسال الدم من جرحه [1] ، ولو لم يسجد لم يسل ، فإنه يصلي بدون سجود ويكتفي بالإيماء ؛ لأن المفسدة في ترك السجود أخف من المفسدة بالصلاة مع الحدث .

***

[1]) ويلحق به من كان به ماء أبيض أو أزرق بعينه ويتأذى من السجود لجراحة بها ونحو ذلك .

القاعدة السادسة :

يختار أهون الشّرّين

وينطبق عليها كل الكلام المتقدم في القاعدة الخامسة .

القاعدة السابعة :

يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام

تنبيه حول علاقة هذه القاعدة بقاعدة ((الضرر لا يزال بمثله)) :

هذه القاعدة كما سبق ناطقة بمفهوم المخالفة لقاعدة الضرر لا يزال بمثله فهي تنص على أن الضرر الأعم يدفع ويزال بارتكاب الضرر الأخص فلم يحصل التماثل بين الضررين حتى نحكم بأن الضرر لا يزال بمثله . فهذه القاعدة بمثابة القيد لقاعدة الضرر لا يزال بمثله .

معنى القاعدة :

إذا اجتمع في أمرٍ ما ضرران ، وكان أحدهما أعم ضرراً من الآخر ، وتعين ارتكاب أحدهما ، فإنه يدفع ويراعى الضرر الأعم عن طريق ارتكاب الضرر الأخص .

أدلة القاعدة

رعاية الشارع للمصالح، وبناء الأحكام على المقاصد المعلومة، فالإخلال بأحد المقاصد الخمسة (الدين، والنفس، والمال، والعقل، والعرض) يعد ضرراً عاماً، ولأجل منعه يمكن احتمال الأضرار الخاصة.

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : جواز الرمي إلى كفار تترسوا بأسرى المسلمين إذا كان ترك رميهم يؤدي إلى إضرار عام بالمسلمين ؛ لأن رميهم ضرر خاص يندفع به ضرر عام .

المثال الثاني : وجوب نقض الحائط المتوهن إذا كان مائلاً على الطريق العام وخشي من سقوطه على المارين ، فإنه يجب نقضه على مالكه ؛ دفعاً للضرر العام .

المثال الثالث : وجوب قتل قاطع الطريق إذا قتل بأي كيفية كانت بدون قبول عفو عنه من ولي القتيل ؛ دفعاً للضرر العام .

المثال الرابع : جواز جبس العائن إذا تكرر منه أذى الناس ؛ دفعاً للضرر العام .

المثال الخامس جواز الحجر على المفتي الماجن والمبتدع والطبيب الجاهل والعقاري المفلس ؛ من أجل دفع الضرر عن دين الناس وأنفسهم وأموالهم .

المثال السادس : جواز التسعير عند الحاجة إليه [1] ؛ دفعاً للضرر عن عامة الناس .

المثال السابع : جواز إجبار المحتكر للطعام على بيع الفاضل منه عن قوته وقوت عياله إلى وقت السعة ؛ دفعاً للضرر عن عامة الناس .

المثال الثامن : منع اتخاذ الورش ونحوها وسط الأحياء السكنية ؛ دفعاً للضرر العام عن أهل الحي [2] .

❖ ❖ ❖

---

١) وذلك إذا تعدى أرباب القوت في بيعه بالغبن الفاحش .

٢) ومثله منع فتح المقاهي وسط الأحياء السكنية ، أو المطابخ في سوق القماش ونحوه دفعاً لضرر الروائح الكريهة والحرائق عن أهل الحي .

القاعدة الثامنة :

درء المفاسد أولى من جلب المصالح

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

الدرء ، بمعنى : الدفع والرفع والإزالة .

الجلب : أصلها الإتيان بالشيء من موضع إلى آخر ، ومعناه : التحصيل .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

إذا اجتمع في أمر من الأمور مفسدة ومصلحة ، وكانت المفسدة راجحة على المصلحة[1] ، فإن دفع المفسدة مقدم على تحصيل المصلحة ؛ لأن المفسدة منهي عنها ، والمصلحة مأمور بها ، واعتناء الشارع بترك المنهيات أشد من اعتنائه بفعل المأمورات [2] .

أدلة القاعدة :

الدليل الأول: يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بقوله تعالى : ﴿ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ ﴾.

وجه الدلالة :أن الله تعالى بين أن في الخمر والميسر إثماً كبيراً وهو مفسدة ، وفيهما منافع كالاتجار بهما ونحو ذلك ، ولكن لما كانت مفسدتهما أكبر من منفعتهما ، جاء نص القرآن بتحريمهما وإن فوتت مصالحهما ؛ دفعاً لمفسدتهما الراجحة .

الدليل الثاني : كما يمكن أن يستدل لذلك بقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ ﴾ .

وجه الدلالة :

---

١) لم يرتض بعض المعاصرين تقييد القاعدة بهذه الحالة بل رأى أن تطبيق القاعدة إنما يكون في حالة تساوي المصالح والمفاسد فقط ،أما إذا كان أحدهما راجحاً فهو المراعى والمقدم مفسدة كانت أو مصلحة .

انظر : نظرية التقريب والتغليب وتطبيقاتها في العلوم الإسلامية (ص ٣٩٣- ٣٩٤) .

٢) بدليل قوله صلى الله عليه وسلم : (ما نهيتكم عنه فاجتبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) .

ولأن النهي راجح حيث استوعب الأزمان كلها ، ولم يقتض الأمر التكرار . ابن نجيم (ص ١٠٠) .

أن الله نهى الصحابة عن سب آلهة المشركين لما فيها من المفسدة العظيمة ، وهي مقابلتهم السب بسب الله عز وجل ، مع تضمنه لمصلحة مرجوحة ، وهي تحقير تلك المعبودات وإهانتها ، لكن لما كانت المفسدة أكبر من المصلحة ، جاء النص القرآني بالنهي عن ذلك ، وإن فوتت المصلحة المرجوحة ؛ دفعاً للمفسدة الراجحة .

حالات اجتماع المصالح والمفاسد ومجال تطبيق هذه القاعدة :

إذا اجتمعت المصالح والمفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد تعين ذلك ، وإن لم يمكن فهو مجال النظر حينئذ ، ويمكن تقسم ذلك إلى ثلاث حالات :

الحال الأول : أن تغلب المفاسد على المصالح .

الحال الثانية : أن تغلب المصالح على المفاسد .

الحال الثالثة : أن تتساوى المصالح والمفاسد .

وإليك تفصيل أحكامها على النحو الآتي :

الحالة الأولى : أن تغلب المفاسد على المصالح :

وجزم بعضهم بأن هذه الحالة فقط هي مجال تطبيق القاعدة — بناء على إنكاره وجود الحالة الثالثة في الفروع الفقهية — والحكم حينئذ النهي عن ذلك دفعاً للمفسدة الراجحة ، ولا يبالى بفوات المصالح المرجوحة ؛ بدليل قوله تعالى : ﴿ ۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ ﴾.

ولهذه الحالة أمثلة يجري عليها تطبيق القاعدة ، ومن ذلك :

المثال الأول : النهي عن المبالغة في المضمضة والاستنشاق بالنسبة للصائم ، فإن المبالغة فيهما تعتبر مصلحة مسنونة ، ولكن عارضها بالنسبة للصائم مفسدة راجحة ، وهي كون المبالغة مظنة لدخول الماء المبطل للصوم.

المثال الثاني : النهي عن تخليل الشعر في الوضوء والغسل بالنسبة للمحرم ، فإن التخليل فيهما يعتبر مصلحة مسنونة ، ولكن عارضها مفسدة راجحة ، وهي كون التخليل مظنة لإسقاط الشعر المنهي عنه .

المثال الثالث : يمنع الإنسان من بناء جدار طويل يحجب الشمس والهواء عن جاره ،

فإن الجدار وإن تضمن مصلحة لصاحبه ، إلا أنه اشتمل على مفسدة راجحة بالنسبة لجاره .

المثال الرابع : يمنع الإنسان أن يجعل في ملكه ما يضر بجاره ضرراً بيناً ، كأن يتخذ طاحوناً يوهن البناء أو مخرطة أو مطبعة ونحو ذلك ، أو معصرة أو محرقة أو فرناً أو كنيفاً أو بالوعاً يمنع السكنى بالدخان والرائحة ، فقد تكون للمالك منفعة ومصلحة في ذلك ، إلا أنها اشتملت على مفسدة راجحة بالنسبة لجاره فيمنع من ذلك .

الحالة الثانية : أن تغلب المصالح على المفاسد :

فالحكم هو الأمر بها جلباً للمصلحة [1]، ولا يبالى بوجود المفسدة المرجوحة . ومن أمثلة ذلك :

المثال الأول : قطع يد السارق فيه مفسدة له ، ولكن عارضتها مصلحة أرجح منها ، وهي حفظ الأموال عن السرقة ، ومثله القصاص من الجاني وسائر الحدود .

المثال الثاني : نكاح الحر الأمة فيه مفسدة ، لما فيه من إرقاق الولد ، ولكنه جاز شرعاً عند خوف العنت وفقد طول الحرة ؛ تحصيلاً لمصلحة الناكح الراجحة في إعفاف نفسه ودفع مفسدة الوقوع في الزنا .

قال ابن نجيم : ((وهذا النوع راجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة)) .

وقال العلائي : ((وهذا يرجع إلى ارتكاب أخف المفسدتين لدفع أقواهما)) .

المثال الثالث : قتل نساء الكفار وصبيانهم مفسدة ، ولكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار تحصيلاً لمصلحة الاستيلاء عليهم .

المثال الرابع : الكذب مفسدة محرمة ، ومتى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز ، ككذب الرجل لزوجته لإصلاحها وحسن عشرتها ، والكذب للإصلاح بين الناس لعموم مصلحته .

---

١) قيد الشيخ أحمد الزرقا هذه المفسدة بكونها عائدة إلى نفس الفاعل كمسألة الكذب بين المتخاصمين من أجل الإصلاح بينهما ، أما إذا كانت المفسدة عائدة لغيره فإنها تدفع ويمنع منها لمجرد وجود الضرر للغير حتى لو كانت المنفعة والمصلحة تربو كثيراً على المفسدة ، كما تقدم في مسألة الجدار والنافذة وغيرهما .

انظر : شرح القواعد الفقهية (ص ٢٠٦) .

المثال الخامس: النظر إلى العورات مفسدة محرمة على الناظر والمنظور إليه ، وكذلك كشفها ؛ لما في ذلك من هتك الأستار، ولكنه يجوز إذا تضمن مصلحة أعظم كالمداواة والشهادة على العيوب .

وقد ساق العز بن عبدالسلام في قواعد الأحكام لهذه المرتبة ثلاثة وستين مثالاً مما يقدم فيه جلب المصلحة على درء المفسدة ؛ لكون المصلحة المجلوبة أكبر قدراً من المفسدة الحاصلة.

الحالة الثالثة : أن تتساوى المصالح والمفاسد :

وهذه الحالة اختلف أهل العلم في إمكانها ووجودها على قولين :

القول الأول: أنها ممكنة وموجودة ، وممن قال بذلك ابن عبدالسلام، والعلائي، والطوفي ، وابن عاشور وغيرهم .

القول الثاني: أن التساوي التام من جميع الوجوه لا وجود له، والواقع شاهد على ذلك، فلا بد من وجود مرجح يغلب إحداهما على الأخرى، وقال بهذا القول ابن القيم.

ولهذا أورد الأمثلة التي ظن أصحاب القول الأول فيها التساوي ، وحاول الرد عليها بإثبات عدم تحقق التساوي ووجود المرجِح .

وعلى كل حال فإن الخلاف واقع ، ولو قلنا بإمكان مثل هذه الحالة فإنها تكون ولا شك من مجال تطبيق القاعدة ، فيقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة المساوية .

ومن الأمثلة التي تذكر في هذا الموضع :

المثال الأول: المكره على شرب قدح خمر من قدحين متساويين ، أو إتلاف درهم من درهمين متساويين ، أو قتل واحد من حيوانيين متساويين ، أو واحد من عدوين متساويين .

المثال الثاني: إذا رأينا صائلاً يصول على نفسين متساويتين ، ولا نقدر إلا على إنقاذ واحدة منهما .

المثال الثالث: دفع الغصب عن المالين المتساويين .

المثال الرابع: إذا هاج البحر على ركاب السفينة ، ولم يتبق لهم إلا إلقاء نصفهم في البحر لإنقاذ النصف الآخر .

المثال الخامس: لو كان لشخص حق من الحقوق ولكنه بعيد لا يمكنه تحصيله إلا

بالسفر إليه ، وكلفة السفر وخسارته تعادل ذلك الحق .

والحكم في تساوي المصلحتين أو المفسدتين أن المكلف له أن يختار واحدة من المصلحتين فيحصلها ويهدر الأخرى ، أو واحدة من المفسدتين فيتجنبها ويقع في الأخرى ، وقد نص على ذلك أصحاب القول الأول .

بل حتى ابن القيم ذهب إلى القول بالتخيير في بعض الحالات مع إنكاره للتساوي.

ولكن التخيير ـ كما نبه ابن عاشور ـ لا يكون إلا بعد استفراغ الجهد والوسع في تحصيل مرجح ما ، ثم العجز عن تحصيله .

وحكى بعضهم التوقف إذا لم يمكن دفع جميع المفسدتين .

❖ ❖ ❖

القاعدة التاسعة :

القديم يترك على قدمه

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى :

أنه لما كان بعض ما في أيدي الناس مما هو قديم قد يظهر أن فيه ضرراً ، ومن المعلوم أن الضرر ممنوع وتجب إزالته إذا حدث ، لما كان الأمر كذلك جاءت هذه القاعدة لتبين أن القديم يترك على قدمه ، وإن ظهر أن فيه ضرراً .[1]

بيان معنى القاعدة الإفرادي :

القديم : ما توافر فيه وصفان :

الوصف الأول: أن يكون هذا الشيء مما يمكن أن يستحقه الإنسان بوجه شرعي .

الوصف الثاني: ألا يوجد عند النزاع فيه من يعرف أوله .

قدمه : أي حالته التي هو عليها وقت النزاع .

معنى القاعدة الإجمالي :

أن ما يحصل فيه التنازع مما يكون في أيدي الناس من أعيان ومنافع ، ولا يعرف أحد مبدأه ، وهو مما يمكن أن يستحقه الإنسان بوجه شرعي ، فإنه يترك على حالته التي هو عليها وقت النزاع ، بلا زيادة ولا نقصان ولا تغيير ولا تحويل ، إلا بإذن صاحبه .[2]

الاستدلال للقاعدة :

أن بقاء هذا الشيء المتنازع عليه مدة طويلة يدل بغلبة الظن وإحسانه بالمسلمين أنه ما وضع إلا بوجه شرعي فيحكم بأحقيته ؛ لأن الموضوع بوجه شرعي يترك على حالته ولا يجب تغييره .

ومما يؤكد ترك القديم على قدمه الاستناد إلى قاعدة : ((الأصل بقاء ما كان على ما

---

١) وقد اختلف في إدراج هذه القاعدة ضمن قاعدة لا ضرر ولا ضرار ، فأدرجها البعض تحت قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان ، المندرجة تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك .انظر : الوجيز للبورنو (ص ١١٥) .

٢) وللآذن وورثته الرجوع عن هذا الإذن وتكليف صاحب الحق بإعادته إلى حالته الأولى ، لأن ذلك من قبيل الإعارة وهي غير لازمة . انظر : شرح القواعد للزرقا (٢/٩٦) .

كان)) .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : لو كان لدار إنسان ميزاب يصب على دار جاره من القديم ، فليس للجار إزالة هذا الميزاب ؛ لأنه قديم ، والقديم يترك على حالته .

المثال الثاني : لو كان لدار إنسان ممر في ارض جاره من القديم ، فليس للجار إزالة هذا الممر لأنه قديم ، والقديم يترك على حالته .

المثال الثالث : لو كان لإنسان قطعة من أرض جاره يلقي فيها فضلاته وفضلات بهائمه من القديم ، فليس للجار منعه من ذلك ؛ لأنه قديم ، والقديم يترك على حالته .

المثال الرابع : لو كان إنسان يحجز ماء المطر حتى يمتلئ زرعه ، ثم يطلق الزائد لجاره ، وذلك من القديم ، فليس للجار أن يطالبه بأن يطلق له الماء قبل امتلاء زرعه ؛ لأن تلك الحالة قديمة ، والقديم يترك على حالته .

القاعدة العاشرة :

الضرر لا يكون قديماً

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة السابقة :

عرفنا فيما مضى أن القديم اصطلاحاً ما توافر فيه وصفان ، أحدهما : أن يكون هذا الشيء مما يمكن أن يستحقه الإنسان بوجه شرعي ، وهذه القاعدة تبين أن الضرر إذا كان لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي فإنه لا يعتبر قديماً اصطلاحاً ، وإن كان واقعاً موصوفاً بذلك من جهة أنه قد لا يوجد من يعرف مبدأه .

معنى القاعدة :

أن الضرر الذي لا يمكن أن يستحقه الإنسان بوجه شرعي لا يكون قديماً اصطلاحاً ، ولذلك فإنه لا يترك على قدمه بل تجب إزالته .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : لو كان لدار إنسان ميزاب أو مجرى أقذار يصب في الطريق العام ، ويؤذي المارين ، فإنه لا يعتبر قديماً اصطلاحاً ، ولذا تجب إزالته مهما تقادم عهده ، وإنما لم نعتبره قديماً اصطلاحاً ؛ لفقدانه الوصف الأول من وصفي القديم ؛ إذ الشرع لا يقر أحداً على الإضرار بحق العامة .

المثال الثاني : لو كان لدار إنسان نافذة تطل على مقر نساء جاره ، فإنها لا تعتبر قديمة اصطلاحاً ، ولذا تجب إزالتها مهما تقادم عهدها ؛ لفقدان الوصف الأول للقديم ؛ إذ الشرع لا يقر أحداً على الاطلاع على نساء جاره .

ضابط القدم المحترم وغير المحترم :

تقدم معنا في القاعدة السابقة أمثلة اشتملت على ضرر احترم قدمها ، وفي هذه القاعدة رأينا أمثلة فيها ضرر لم يحترم قدمها ، فما الضابط لذلك ؟

قسم الشيخ أحمد الزرقا الضرر إلى قسمين : عام وخاص .

فالعام يزال مطلقاً بلا تفصيل بين الفاحش وغير الفاحش ؛ لأن كونه عاماً يكفي لاعتباره فاحشاً .

وأما الخاص فهو على قسمين : فاحش وغير فاحش .

فالفاحش يزال كما يزال العام ولا عبرة لقدمه .

وأما غير الفاحش فإن كان قديماً فيجب مراعاة قدمه كما سبق في القاعدة السابقة .

ثم حاول الشيخ استنباط ضابط كلي يميز الضرر الفاحش من غيره فقال : ((إن كل ما يمكن أن يستحق على الغير بوجه من الوجوه الشرعية فهو ليس بضرر فاحش ، فتجب مراعاة قدمه إذا كان قديماً ، وما لا يمكن أن يستحق بوجه شرعي فهو ضرر فاحش ، ويرفع مهما كان قديماً)) .

القاعدة الكبرى الخامسة :

قاعدة (العادة محكَّمة)

مقدمة حول نشوء العادات والأعراف :

إن كل عمل اختياري لا بد له من باعث ، وهذا الباعث قد يكون خارجياً كظهور منفعة لذلك العمل ، وقد يكون داخلياً كحب الانتقام الداعي إلى الأخذ بالثأر ، فإذا اطمأن الإنسان لعمل وكرره أصبح بالتكرار عادة ، فإذا حاكاه غيره فيه بدافع حب التقليد ، وتكررت تلك المحاكاة ، وانتشرت بين معظم الناس أصبحت تلك العادة عرفاً ؛ إذ العرف في الحقيقة هو عادة الجمهور ، وما تقدم هو في الأفعال ، ويجري نحوه في الأقوال.

والبواعث تختلف من بيئة إلى بيئة ، بحسب اختلاف البيئة الطبيعية والاجتماعية ، وبحسب الديانات والأنظمة ونحو ذلك ، ولذلك تختلف العادات تبعاً لاختلاف البيئات .

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

قولهم (العادة) :

في اللغة : الديدن ، وهو الدأب والاستمرار على الشيء ، وهي اسم للفعل المتكرر حتى يصير كالسجية والطبيعة ، مأخوذ من العود وهو الرجوع إلى الشيء مرة بعد أخرى .

وأما في الاصطلاح فقد عرفت بتعريفات كثيرة منها :

التعريف الأول : الاستمرار على شي مقبول للطبع السليم ، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى .

وهو تعريف غير جامع حيث أخرج العادة الفاسدة وهي في الحقيقة لا تخرج عن كونها عادة .

التعريف الثاني : ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة.

وهذا التعريف غير جامع لما سبق ، وأيضاً لكونه أخرج العادة الفردية ، وهي في الحقيقة عادة .

التعريف الثالث : الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية .

وهذا هو تعريف ابن أمير الحاج في التقرير والتحبير وهو التعريف المختار .

شرح التعريف المختار :

(الأمر): جنس في التعريف يشمل القول والفعل .

(المتكرر): قيد أخرج غير المتكرر فلا يسمى عادة .

(الأمر المتكرر): يشمل العادة الفردية والجماعية والصحيحة والفاسدة والقولية والفعلية .

(من غير علاقة عقلية) قيد يحترز به عما إذا كان التكرار ناشئاً عن علاقة عقلية ، لأنه حينئذ يكون من باب التلازم العقلي ، ومن باب تكرار الأثر والمعلول إذا وجد مؤثره وعلته ، كتحرك الشجر عند هبوب الريح .

وهذا التعريف يشمل ثلاثة أمور :

- ما كان ناشئاً عن سبب طبيعي ، كعادة إسراع البلوغ ونضج الثمار في البلاد الحارة .
- عادة الفرد بين الناس في شؤونه الخاصة كعادته في أكله وشربه وملبسه وحديثه.
- العادة الجماعية (العرف) وهو : ما تعتاده الجماهير والجماعات من الناس من قول أو فعل .

قولهم (محكَّمة):

المحكّم في اللغة : اسم مفعول من الفعل حكّم ، ومصدره التحكيم ، ومادة الكلمة تدل على معنى : المنع ، والفصل ، والقضاء .

ومعنى كونه محكّماً : أن الأمر جعل إليه وفوض إليه .

وأما في الاصطلاح ، فالمحكم : هو المرجع عند النزاع .

وجعلت العادة مرجعاً وحكماً عند النزاع ؛ لأنها دليل يبنى عليه الحكم .

ثانياً: المعنى الإجمالي :

أن العادة عامة كانت أو خاصة تُجعل حَكَمَاً لإثبات حكم شرعي لم ينص على

خلافه بخصوصه ، فلو لم يرد نص خاص يخالفها ، أو ورد ولكنه عام ، فإن العـادة تعتبر ، فالعادة بمعناها المتقدم هي : المرجع والحكم عند التنازع في إثبات الأحكام الشرعية .

ضابط الأحكام التي تبنى على القاعدة :

ما أورده ابن السبكي بقوله : ((كل ما ورد به الشرع وليس له ضابط فيه ولا في اللغة فإنه يرجع فيه إلى العرف)) .

العلاقة بين العرف والعادة :

العرف في اللغة : السكون والطمأنينة ؛ سمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه .

وفي الاصطلاح : عادة جمهور قوم في قول أو فعل .

وبالتأمل بين المعنيين نجد أن العلاقة بينهما هي : العموم والخصوص المطلق .

فالعادة أعم مطلقاً ، والعرف أخص مطلقاً ، إذ كل عرف عادة ، وليس كل عادة عرفاً.

الأدلة على القاعدة :

يمكن الاستدلال لهذا القاعدة بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة والإجماع .

فمن الكتاب :

الدليل الأول: قوله تعالى : ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ .

وجه الدلالة: أن الله بين أنه يجب على الوالد النفقة والكسوة على الوالدة المرضعة ، وأن تقدير ذلك يرجع للعرف ، مما يدل على أن العرف والعادة محكمان .

قال ابن جرير ـ رحمه الله ـ في تفسير لفظ : ((المعروف)) في الآية : (ما يجب لمثلها على مثله).

الدليل الثاني: قوله تعالى : ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾﴾ .

الدليل الثالث: قوله تعالى : ﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ﴾ .

الدليل الرابع: قوله تعالى : ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ مَتَـٰعًۢا بِٱلْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿٢٣٦﴾﴾ .

الدليل الخامس: قوله تعالى : ﴿وَلَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلًا مِّن قَبْلِكَ وَجَعَلْنَا لَهُمْ أَزْوَٰجًا وَذُرِّيَّةً ۚ وَمَا كَانَ لِرَسُولٍ

أَن يَأْتِيَ بِـَٔايَةٍ إِلَّا بِإِذْنِ ٱللَّهِۗ لِكُلِّ أَجَلٍ كِتَابٌ ﴿٣٨﴾ ﴾ رداً على من قال : ﴿ وَقَالُواْ مَالِ هَٰذَا ٱلرَّسُولِ يَأْكُلُ ٱلطَّعَامَ وَيَمْشِى فِى ٱلْأَسْوَاقِ لَوْلَآ أُنزِلَ إِلَيْهِ مَلَكٌ فَيَكُونَ مَعَهُۥ نَذِيرًا ﴿٧﴾ ﴾ ، فأخبر سبحانه بأن هذه عادة الرسل المتقدمين قبله ، وهذا يقتضي اعتبار العادة .

الدليل السادس: قوله تعالى : ﴿ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لِيَسْتَـْٔذِنكُمُ ٱلَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُكُمْ وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُواْ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ ثَلَـٰثَ مَرَّٰتٍۚ مِّن قَبْلِ صَلَوٰةِ ٱلْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُم مِّنَ ٱلظَّهِيرَةِ وَمِنۢ بَعْدِ صَلَوٰةِ ٱلْعِشَآءِۚ ثَلَـٰثُ عَوْرَٰتٍ لَّكُمْۚ لَيْسَ عَلَيْكُمْ وَلَا عَلَيْهِمْ جُنَاحٌۢ بَعْدَهُنَّۚ طَوَّٰفُونَ عَلَيْكُم بَعْضُكُمْ عَلَىٰ بَعْضٍۚ كَذَٰلِكَ يُبَيِّنُ ٱللَّهُ لَكُمُ ٱلْـَٔايَـٰتِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ ﴿٥٨﴾ ﴾ حيث أمر سبحانه بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فانبنى الحكم الشرعي على ما كانوا يعتادونه .

وأما من السنة فأحاديث كثيرة منها :

الدليل الأول: حديث عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة رضي الله عنها قالت : يا رسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، فهل علي جناح أن آخذ من ماله سراً ؟ فقال ﷺ: **(خذي أنت وبنوك ما يكفيك بالمعروف)** متفق عليه ، وللحديث روايات أخرى متعددة ألفاظ متقاربة.

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ قد أباح لهند أن تأخذ من مال زوجها كفايتها من النفقة بحسب العرف، أي على مستوى عادتها وعادة زوجها ، فدل على أن العادة محكمة .

الدليل الثاني: حديث جابر بن عبدالله رضي الله عنهما ، أن النبي ﷺ قال في خطبة عرفة: **(ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)** رواه مسلم .

قال شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله: (والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء: أن نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف وليست مقدرة في الشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة وحال الزوجين وعادتهما).

الدليل الثالث: قوله ﷺ: **(المكيال مكيال أهل المدينة، والوزن وزن أهل مكة)** أخرجه أبو داود والنسائي.

وجه الدلالة : أن أهل المدينة لما كانوا أهل نخيل وزرع اعتبرت عادتهم في مقدار الكيل ، وأن أهل مكة لما كانوا أهل متاجر اعتبرت عادتهم في مقدار الوزن ، والمراد بذلك فيما يتقدر

شرعاً كنُصُب الزكوات ومقدار الديات وزكاة الفطر والكفارات ونحو ذلك .

وأما من الإجماع :

فقد استدل به بعض العلماء على هذه القاعدة ، فقد رجع الصحابة والتابعون وغيرهم من الفقهاء إلى الأعراف وعملوا بها من غير نكير .

شروط اعتبار العرف :

الأخذ بالعرف واعتباره في مجال التطبيق لا بد فيه من توفر الشروط الآتية :

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً ـ أي : أن يكون معمولاً به في جميع الحالات أو أكثرها ـ سواء كان العرف عاماً أو خاصاً ، وعبروا عن هذا الشرط بقاعدة فقهية وهي : ((إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)) أو((العبرة للغالب الشائع لا للنادر)) .

مثال ذلك: القائف لا يقبل قوله في معرفة الأثر أو الشبه إلا إذا اعتاد ذلك حتى يغلب على الظن أنه عادة له .

الشرط الثاني: أن يكون العرف المراد تحكيمه قائماً وموجوداً عند الحادثة التي يراد تطبيق العرف عليها ، وعبروا عن هذا الشرط بقاعدة : ((العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر اللاحق)) ، ولذلك عبر ابن نجيم بقوله : ((لا عبرة بالعرف الطارئ)) .

مثال ذلك : لو وجد شخص وصية لجده في صندوق قبل أكثر من خمسين سنة ، يوصي فيها أن يعطى لفلان مائة ريال ، فإنه يلزم أن يعطى الموصى له ما يسمى بالريال ذلك الوقت ، أو ما يعادل قيمته في هذا الوقت .

الشرط الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه ، فإن عورض فلا اعتبار له ، وحينئذ يهمل العرف ويعمل بالتصريح .

مثال ذلك : لو صرح صاحب الدار بطلب قسط الإيجار دفعة واحدة أول السنة فإن هذا مخالف للعرف عند أهل العقار من كون الإيجار يدفع على قسطين ، فالمقدم حينئذ هو التصريح ولا عبرة بالعرف في هذه الحالة ؛ لأن النص أقوى من العرف .

الشرط الرابع: ألا يعارض العرف نص شرعي ، بحيث يؤدي العمل بالعرف إلى تعطيل

النص ، فإذا عارض العرف نص شرعي خاص بالحادثة التي يراد تطبيق العرف عليها فإنه لا اعتبار حينئذ بالعرف ، بل يهمل العرف ويؤخذ بمدلول النص .

مثال ذلك : لو جرت عادة قوم بتقديم الخمر للضيف أو تضييفه من قبل النساء فإن هذا العرف لا اعتبار له لمعارضته النص الشرعي .

أقسام العرف :

ينقسم العرف إلى أقسام بحسب اعتبارات مختلفة على النحو الآتي :

أولاً : أقسامه باعتبار الصحة والفساد :

١ـ عرف صحيح . ٢ـ عرف فاسد .

فالعرف الصحيح : هو ما تعارف الناس عليه في قول أو فعل وجاءت الشريعة بإقراره ، أو لم تشهد له بإثبات أو نفي ، ولا يترتب عليه إبطال مصلحة أو جلب مفسدة .

مثاله :

- النفقة والكسوة للمرضعة = عرف صحيح جاء الشرع بإقراره .
- تقسيط الإيجار = عرف صحيح لم تشهد له الشريعة بإثبات أو نفي ولا يبطل مصلحة ولا يجلب مفسدة .

والعرف الفاسد : هو ما جاء الشرع بنفيه ، وكان يعطل مصلحة أو يجلب مفسدة .

مثاله :

- تقديم الخمر للضيوف.
- خروج النساء متبرجات .

ثانياً : أقسامه باعتبار موضوعه :

١ـ عرف قولي ٢ـ عرف فعلي .

فالعرف القولي : هو أن يشيع بين الناس استعمال بعض الألفاظ في بعض ما وضعت له في أصل اللغة أو في غير ما وضعت له بحيث تكون هي المتبادرة للذهن عند الإطلاق .

مثاله :

- إطلاق لفظ الدار والولد في بعض البلدان على بعض ما وضع له اللفظ .
- إطلاق لفظ الغائط على النجاسة وهو غير ما وضع له في أصل اللغة حيث

وضع للمكان المطمئن من الأرض .

والعرف الفعلي : هو ما شاع بين الناس من أفعال في العادات أو المعاملات .

مثاله في العادات :

- اعتياد الناس على تعطيل بعض أيام الأسبوع
- لبس الشماغ ونحوه .

مثاله في المعاملات :

- تقسيط الإيجار.
- تركيب البضاعة المباعة.
- توصيل البضاعة الكبيرة .

ثالثاً : أقسامه باعتبار انتشاره بين الناس :

١ـ عرف عام ٢ـ عرف خاص .

فالعرف العام : أن يكون العرف في أمر من الأمور منتشراً في جميع البلدان عند جميع الناس .

مثاله :

- العطلة الأسبوعية.
- عقد الاستصناع .

والعرف الخاص : أن يكون العرف مقتصراً على بلد دون بلد ، أو على فئة معينة دون أخرى .

مثاله :

- تقسيط المهر.
- إطلاق لفظ الدار على الغرفة .
- تركيب أثاث البيت أو توصيله .

القواعد المندرجة تحت القاعدة الكبرى ((العادة محكمة)) :

القاعدة الأولى :

(استعمال الناس حجة يجب العمل بها)

معنى القاعدة :

أن ما تعارف عليه الناس من الأقوال والأفعال والتصرفات يكون حجة يعمل بها ويرجع إليها عند النزاع والاختلاف ، إذا تحققت فيها شروط التحكيم .

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى :

أن هذه القاعدة بمعنى القاعدة الكبرى فهي مبينة لمعناها ومؤكدة لمقتضاها .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : إعطاء أصحاب العقارات والوسطاء أجرة سعي على وساطتهم .

المثال الثاني : إذا لم يسم مهر الزوجة ودخل بها الزوج أو مات عنها قبل الدخول وجب لها مهر مثيلاتها .

المثال الثالث : إذا اختلف الزوجان في ملكية متاع البيت ولا بينة بينهما فيقسم بينهما بحسب العرف ، فما كان متاعاً للمرأة فيعطى لها ، والباقي لزوجها .

المثال الرابع : لو أهدي طعام مقدم في إناء لجارٍ أو نحوه ، فإنه يجب رد الإناء للمهدي لأنه مما جرى عليه التعارف ، إلا أن يكون مبتذلاً لا يرد مثله كورق ونحوه .

المثال الخامس : عقود الاستصناع عموماً كالمقاولات ونحوها يرجع فيها إلى ما تعارف عليه الناس .

المثال السادس : لو اختلف العامل وصاحب العمل في تحديد أجرة كامل مساحة البناء بما فيها الأبواب والنوافذ والمناور فإن العادة جرت باحتساب مثل ذلك للعامل ، فيعطى أجرة عليها .

القاعدة الثانية :

(إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت)

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

قولهم **(اطردت)** أي : أن يكون العمل بها جارياً في جميع الحوادث والأوقات ما لم ينص على خلافه .

قولهم **(غلبت)** أي : أن يكون العمل بها جارياً في أكثر الحوادث أو عند أكثر الناس .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن المعتبر في الأعراف والعادات هو ما كان معمولاً به في جميع الحوادث الصالحة لها أو في أكثرها على الأقل إذا تحققت فيها شروط اعتبار العرف السابقة .

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى :

هذه القاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة الكبرى ، حيث حصرت العادة المحكمة في المطردة والغالبة ، وأخرجت العادة المساوية أو النادرة أو الشاذة .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : إذا باع شخص لآخر في بلدنا سلعة بألف ريال فإنه ينصرف إلى الريال السعودي ، لكن إذا كان في بلد آخر يكثر فيه استعمال العملات الأخرى فإنه ينصرف للأكثر استعمالاً وإذا لم يكن هناك عملة غالبة فإنه يجب النص عليها في العقد وإلا بطل ؛ لإفضائه إلى التنازع .

المثال الثاني : إذ تعاقد شخص مع شركة للعمل عندها في المملكة ولم يحدد يوم إجازته الأسبوعية في العقد فإنه ينصرف إلى يوم الجمعة ؛ لأنه هو العادة الجارية في البلد .

المثال الثالث : إذا اشترى أثاثاً كأجهزة ونحوها ثم اختلفا في من يقوم بإيصاله إلى دار المشتري ، ينظر فيه إلى العرف الجاري المطرد أو الغالب .

المثال الرابع : إذا استأجر من يعمل له غرفة أو خيمة ، فإنه يرجع في تبيين من تجب عليه قيمة المواد إلى العادة الغالبة ، فإن لم يكن هناك عادة غالبة وجب التبيين في العقد .

القاعدة الثالثة :

(العبرة للغالب الشائع لا للنادر)

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

قولهم (**الغالب الشائع**) أي : المنتشر بين الناس حتى أصبح معلوماً ومشهوراً لديهم أصالة .

قولهم (**النادر**) أي : القليل الشاذ .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن المعتبر في الأعراف والعادات هو ما كان معمولاً به في أكثر الحوادث وعند أكثر الناس إذا تحققت فيها شروط اعتبار العرف ، وأما القليل النادر أو ما يفعله بعض الناس ، أو يحدث في بعض الحوادث ، فلا يحكم في الشرع .[1]

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى :

هذه القاعدة مقيدة لإطلاق القاعدة الكبرى ، حيث أخرجت العادة المساوية (المشتركة) أو النادرة فلا يحكمان .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : قدر الفقهاء سن البلوغ بخمس عشرة سنة ، لأنه الوقت الذي يحصل فيه البلوغ غالباً ، وأما النادر فلا حكم له .

---

١) يظهر أن القاعدة الثانية والثالثة مكررتان ، والراجح عدم ذلك ، لأن الثانية فيها نص صريح على أن العادة المعتبرة هي المطردة أوالغالبة ، ومفهومها المخالف : أن النادر والشاذ لا يحكم ، وقد جاء النص على هذا المفهوم بالقاعدة الثالثة ، ومقصودها : التأكيد على عدم إعطاء النادر حكماً خاصاً به ، بل يجب إلحاقه بالغالب .

المثال الثاني : قدر الفقهاء الحكم بموت المفقود إذا كان غالب حاله السلامة ببلوغه تسعين سنة ؛ لأن الغالب الشائع أن الإنسان لا يعيش أكثر من ذلك ، وأما النادر فلا حكم له .

المثال الثالث : تقدير مدة الإياس من الحيض بخمس وخمسين سنة لأجل أن تعتد ؛ لأن المرأة إذا بلغت هذه السن ينقطع حيضها في الغالب .

المثال الرابع : ليس للقاضي أن يقضي بعلمه لغلبة فساد حال القضاة .

المثال الخامس : ليس للزوج إجبار زوجته على السفر من وطنها إذا كان نكحها فيه ، وإن أوفاها معجل مهرها ؛ لغلبة الإضرار من الأزواج .

القاعدة الرابعة :

(الحقيقة تترك بدلالة العادة)

هذه القاعدة تتعلق بمسألة تعارض العرف اللفظي مع اللغة ، وهي مسألة وقع فيها الخلاف بين أهل العلم والراجح فيه قول الجمهور وهو تقديم العرف اللفظي على اللغة .

معنى القاعدة :

أن المعنى الحقيقي اللغوي للفظ يترك وينتقل للمعنى الذي دل عليه العرف والعادة ؛ لأن العادة تجعل إطلاق اللفظ على ما اعتاده الناس بمنزلة الحقيقة ، وتجعل إطلاقه على المعنى الحقيقي اللغوي بمنزلة المجاز ، ومن المعلوم أنه عندما تجتمع الحقيقة والمجاز تقدم الحقيقة على المجاز .

والحاصل أننا نهجر المعنى اللغوي الحقيقي وننتقل منه إلى المعنى العرفي .

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى :

جاءت هذه القاعدة لدفع ما عساه أن يتوهم من أن تحكيم العادة والعمل بها إنما يكون حيث لم تعارضها الحقيقة ـ بأن لا يكون في الكلام حقيقة أصلاً ، أو كان هناك حقيقة ولكنها موافقة للعادة ـ وأما إذا كانت مصادمة للعادة والعرف فلا يكونان معتبرين . فنبهوا بهذه القاعدة على أن الحقيقة لا تقوى على معارضة العرف والعادة أيضاً ، بل يعمل بهما دونها .

الحقيقة وأقسامها :

الحقيقة هي : اللفظ المستعمل فيما وضع له ، وهي على ثلاثة أقسام :

القسم الأول : الحقيقة اللغوية : وهي دلالة اللفظ على معنى في أصل وضع اللغة .

القسم الثاني : الحقيقة الشرعية : وهي دلالة اللفظ على معنى في أصل وضع الشارع .

القسم الثالث : الحقيقة العرفية : وهي دلالة اللفظ على معنى فيما تعارف عليه الناس.

وهي على قسمين :

أـ حقيقة عرفية عامة . ب ـ حقيقة عرفية خاصة.

والمراد بالحقيقة في هذه القاعدة هي الحقيقة اللغوية المهجورة .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول: لو حلف إنسان ألا يضع قدمه في دار فلان ، فإنه لا يحنث إلا بالدخول دون وضع القدم عند الباب فقط ، ولهذا لو دخل راكباً أو محمولاً فإنه يحنث بدلالة العرف والعادة .

المثال الثاني: لو حلف لا يأكل شواء لم يحنث إلا بأكل اللحم المشوي .

المثال الثالث: لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل مسجداً لم يحنث .

المثال الرابع: لو حلف لا يكلم ولده فكلم ابنته لم يحنث .

المثال الخامس: لو حلف ألا يركب دابة فركب سيارة لم يحنث .

المثال السادس: لو حلف لا يأكل رأساً أو لا يركب دابة أو لا يجلس على بساط ، لم يحنث بأكل رأس عصفور أو بركوب إنسان أو بجلوس على الأرض .

المثال السابع: صيغ العقود كبعت واشتريت يتم العقد بها وإن كانت للماضي في أصل الوضع ، إلا أنها جعلت إيجاباً للحال في العرف .

القاعدة الخامسة :

(الكتاب كالخطاب)

تبليغ الدين لم يكن بالخطاب وحده بل كان بالخطاب تارة وبالكتاب تارة أخرى ، بل إن القرآن الكريم ثبت بالخطاب ابتداء ثم بالكتابة انتهاءً .

واعتبار الكتابة في الشرع مشروط بكون الكتابة من الغائب محررة ومستبينة على الوجه الذي تعارف عليه الناس ، وإلا لم تعتبر إلا بالنية أو الإشهاد عليها أو الإملاء على الغير ، كما لو كانت الكتابة من الحاضر ، أو كتب الغائب على الهواء أو الماء أو لم يوقع على الكتابة أو يعنون فيها لجهة المرسل والمرسل له ، ونحو ذلك .

وبالتالي فإن المكالمات الكتابية يترتب عليها ما يترتب على المكالمات الشفوية في الجملة حيث يعتبر فيهما مجلس العقد [1] ، وكما قيل : القلم أحد اللسانين ، والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا .

معنى القاعدة :

أن المكاتبة تنزل منزلة المخاطبة الشفوية فيما يترتب عليها من أحكام في المعاملات وغيرها .

الأدلة على القاعدة :

الدليل الأول : أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يكتب إلى الملوك ويدعوهم إلى الإسلام ويحذرهم من مخالفته وقامت عليهم الحجة بذلك ، فدل على أن المكاتبة قائمة مقام المخاطبة .

الدليل الثاني : ما جرى عليه استعمال الناس قديماً وحديثاً في تنزيل الكتاب منزلة

---

١) قال الشيخ أحمد الزرقا : ((اعتبار مجلس بلوغ الكتاب إنما يظهر فيما يتوقف على القبول كالعقود، وفيما يقتصر على المجلس من غير العقود كتفويض الطلاق، أما فيما يتوقف على العلم فقط كالوكالة فلا يظهر تقييده بالمجلس بل يكفي فيه الاطلاع على ما في الكتاب ، وأما فيما لا يفتقر إلى الاطلاع مما يستقل به الإنسان كالإقرار والطلاق والعتاق والإبراء ... فإنه لا حاجة في ذلك إلى الاطلاع بل لا إلى الإرسال ، ولا يتقيد بالغيبة ، ويقع الطلاق والعتاق بمجرد الكتابة نوى أو لم ينو إذا كان مرسوماً)) . شرح القواعد الفقهية (ص ٣٤٩- ٣٥٠) .

الخطاب في الدلالة على المراد .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : لو كتب إنسان في مكة إلى آخر في الرياض أن بعتك داري الكائنة في حي كذا المعلومة لديك بكذا وكذا من المال ، فكتب إليه الآخر قبلت واشتريت منك الدار ، انعقد البيع بمجرد الكتابة .

المثال الثاني : لو كتب شخص لآخر : وكلتك في كذا فقبل الآخر صحت الوكالة .

المثال الثالث : لو طلق زوجته كتابة مع قصده لذلك ، وقع الطلاق .

ومعنى القصد هنا : أن يكون مريداً للفظ الطلاق غير مكره أو وقع منه عفواً من دون قصد ، وأن يكون قاصداً تطليق تلك المرأة .

الفرق بين الخطاب والكتاب :

نقل الزرقا ـ رحمه الله ـ عن بعض أهل العلم هذا الفرق بما مضمونه : أنه يظهر الفرق بينهما في عقد النكاح ، فلو خاطبها بالنكاح فلم تجب في مجلس الخطاب ثم أجابت في مجلس آخر فإن النكاح لا يصح ، وأما في الكتاب فلو بلغها الكتاب وقرأت ما فيه فسكتت ولم ترد عليه في مجلس قراءة الكتاب ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي شهود سمعوا كلامها وعرفوا ما في الكتاب صح النكاح في هذه الصورة .

لأن الكتاب يبقى إلى المجلس الثاني وخاصة مع سماع الشهود لما فيه في المجلس الثاني ، فصار بمنزلة تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر ، وأما الخطاب فإنه لا يبقى إلى المجلس الثاني وحينئذ فإن الشهود في المجلس الثاني لم يسمعوا إلا أحد ركني العقد وهو القبول دون الإيجاب .

القاعدة السادسة :

الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان

جاء إيراد هذه القاعدة بعد قاعدة الكتاب كالخطاب بجامع أنه ليس في القاعدتين خطاب شفوي ، ومع ذلك تنزل الكتابة والإشارة منزلة الخطاب الشفوي .

وأخرت عنها لكون الأولى عامة للناطق والأخرس ، وأما الثانية فهي خاصة بالأخرس في الجملة .

معنى القاعدة :

أن من ذهب كلامه أو انعقد لسانه فترة طويلة ، وكانت له عادة في التعبير بإشارات معينة يعرف بها مراده ، فإن تلك الإشارات تقوم منه مقام التعبير بالنطق في ترتب الأحكام الشرعية عليها .

شروط تطبيق القاعدة :

لهذه القاعدة شروط وهي محل اتفاق في الجملة ، وهي :

الشرط الأول: أن تكون الإشارة مفهومة معلومة المراد منها كأن يشير بيده أو عينه أو لسانه أو حاجبه .

الشرط الثاني: أن تكون الإشارة من الأخرس ، وأما القادر على الكلام فإن إشارته لا تعتبر إذا كانت مستقلة إلا في مسائل منها : الإسلام والكفر والنسب والإفتاء ، وأما إذا لم تكن مستقلة بأن استعان بها على تفسير لفظ مبهم من كلامه فتقبل كمن يقول لزوجته : أنت طالق هكذا (ويشير بأصابعه الثلاث) .

الشرط الثالث: أن يكون الخرس أصلياً ، وأما الخرس العارض وهو معتقل اللسان فإنه لا تعتبر إشارته إلا إذا اتصل بعقلته الموت أو دامت العلة سنة ، فحينئذ تعتبر إشارته المعهودة وإلا فلا .

وهذا التفصيل عند الحنفية وأما الشافعية فهما سواء عندهم .

وههنا مسألة : وهي ما لو كان الأخرس عالماً بالكتابة فهل تقبل إشارته أو يلزم بالكتابة لأنها أصرح ؟ خلاف بين العلماء والراجح عدم التفريق بينهما ؛ إذ كلاهما معتبر

ويفهم منه معناه ، وهما بدرجة واحدة في الدلالة على المراد .

الأدلة على القاعدة:

دلت آيات وأحاديث على اعتبار الإشارة عموماً ، ومن تلك الآيات والأحاديث :

الدليل الأول: قوله تعالى : ﴿فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ﴾.

الدليل الثاني: قوله تعالى : ﴿قَالَ رَبِّ اجْعَل لِّي آيَةً قَالَ آيَتُكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا وَاذْكُر رَّبَّكَ كَثِيرًا وَسَبِّحْ بِالْعَشِيِّ وَالْإِبْكَارِ (٤١)﴾. قال الضحاك : الإشارة .

الدليل الثالث: قوله ﷺ : ((بعثت أنا والساعة كهاتين)) رواه البخاري .

الدليل الرابع: قوله ﷺ : ((الشهر هكذا وهكذا وهكذا)) .

وجه الدلالة من الأدلة السابقة:

أنها دلت على اعتبار الإشارة من القادر على النطق ، فدلالتها على اعتبار إشارة الأخرس غير القادر على النطق من باب أولى .

الدليل الخامس: تعليل : وهو أن الأخرس لو لم تعتبر إشارته لترتب عليه مشقة عظيمة ؛ لأن وجود النائب في كل حال متعذر ، وكيف تقبل نيابته إذا لم تقبل إشارته .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول: لو أشار الأخرس ببيع سلعة له ، وقبلها المشتري ، انعقد البيع .

المثال الثاني: لو زوج رجل ابنته لأخرس فأشار بالقبول صح النكاح .

المثال الثالث: لو أشار الأخرس لزوجته إشارة يفهم منها الطلاق وقع الطلاق .

المثال الرابع: لو أشار الأخرس بإشارة يفهم منها الوصية وحدد مقداراً لها بالإشارة قبلت وصحت الوصية .

يستثنى من ذلك بعض المسائل لا تعتبر فيها إشارة الأخرس ، ومنها :

المسألة الأولى: لو خاطب بالإشارة في الصلاة برد سلام ونحوه لا تبطل صلاته على الصحيح .

المسألة الثانية: لا تقبل شهادته وخاصة في الحدود درءاً للشبهات فيها .

المسألة الثالثة: لو حلف لا يكلمه ثم أشار إليه لم يحنث .

القاعدة السابعة :

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص

القاعدة الثامنة :

المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

القاعدة التاسعة :

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم

هذه القواعد الثلاث متقاربة في معناها وهي تعبر عن مدى تأثير العرف العملي ، غير أن الأولى والثانية عامتان ، والثالثة خاصة بأعراف التجار .

تنبيه :

القاعدة الأولى : معناها : أن الشيء المتعارف عليه يحكم طبيعة الاستعمال كما لو عين ذلك بالنص .

القاعدة الثانية : معناها : أن ما تعارف عليه الناس مما لا يصادم النص الشرعي ينزل منزلة الشرط الصريح إذا لم يكن مخالفاً للنص بخصوصه .

القاعدة الثالثة : معناها : أنه إذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار على شيء غير مصادم للنص فإنه يتبع عند الإطلاق ويكون بمثابة الشرط المصرح به في العقد .

الأمثلة على القواعد الثلاث :

المثال الأول: توابع العقود ـ التي لا تذكر صريحة في العقد ـ تحمل على عادة كل بلد ، فمن اشترى سيارة دخل فيها عدتها وجميع مفاتيحها وعجلتها الاحتياطية ولو لم يذكر ذلك في العقد بالنص .

المثال الثاني: من استأجر دابة أو سيارة للحمل فإن له تحميلها النوع والقدر المعتاد مما لا ضرر منه عليها .

المثال الثالث: لو اشترط الوسيط أجرة سعي ولم يحدد على من تكون فينظر فيه إلى العرف وإن لم ينص على ذلك ، فيكون حينئذ على المشتري ، بحسب العرف القائم هنا .

المثال الرابع: لو استأجر إنسان داراً ولم يحدد نوع الاستخدام وطبيعة المستخدم ، فيرجع

في تحديد ذلك إلى العرف ويكون بمنزلة الشرط .

المثال الخامس : إذا اشترى شخص عقاراً دون ما فيه من أغراض فإنه يرجع في تحديد المدة الكافية لتفريغ العقار ونقل ما فيه إلى العرف القائم .

المثال السادس : لو جرى العرف على أن تركيب بعض السلع وإدخالها إلى المنزل على البائع ، فإنه يكون ملزماً بذلك ، وإن لم يذكر صراحة في العقد .

المثال السابع : لو دفع الأب ابنه لنجار مثلاً ليعلمه الحرفة ، ثم اختلفا فطلب كل واحد من الآخر الأجر ، فإنه يحكم بالأجر لمن يشهد له عرف البلدة .

القاعدة العاشرة :

(لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

الأحكام الشرعية على نوعين :

الأول : الأحكام النصية الثابتة والتي لا تقبل التغيير ، وهي الأصل ، حيث ورد بها النص الشرعي دون تعليقها بالأعراف والعادات كالوضوء والحدود والقصاص .

وهذا النوع لا يدخل بداهة في مدلول القاعدة ، فلا يجوز تغيير هذه الأحكام مهما تغير الزمان .

الثاني : الأحكام الاجتهادية المبنية على المصلحة والقياس والعرف والعادة ، حيث ورد بها النص الشرعي وعلقها بالأعراف والعادات والمصالح كتحديد سن البلوغ ، ومقدار مدة الحيض ، ووسائل التعبير في العقود ، وكيفية القبض ، وصفة الحرز ، ومقدار النفقة ، ومقدار التعزيرات وجنسها ووصفها ، وما يعتبر في وصف المروءة ونحو ذلك ، فهذه الأحكام هي المقصودة في هذه القاعدة .

الأزمان : المقصود به تغير العادات والأعراف وتبدل المصالح تبعاً لتغير الأزمنة .

وإلا فتغير الزمان بحد ذاته لا يكفي لتغير الأحكام ، والمعتبر إنما هو تغير العرف أو المصلحة الذي أنيط بهما الحكم الشرعي سواء كان التغير بسبب الزمان أو المكان أو بدونهما .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن الأحكام الشرعية الاجتهادية المتعلقة بالأعراف والعادات والمصالح لا ينكر تغيرها بتغير تلك الأعراف والمصالح ؛ لأن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً .

أسباب تغير الأحكام ، والأمثلة على القاعدة :

السبب **الأول** : تغير الأعراف والعادات ، ولهذا أمثلة :

المثال الأول: كان السواد يعد عيباً في عهد أبي حنيفة ، فلو صبغ الغاصب الثوب بالأسود اعتبر محدثاً لعيب فيه ، ولما تغير العرف في عهد صاحبيه وصار الناس يعدون صبغ الثوب بالسواد زيادة وفضلاً لم يعد عيباً حينذاك .

المثال الثاني: كشف الرأس بعض العلماء يعتبره من خوارم المروءة في زمن مضى ، وكذا في الزمن الحاضر في بعض البلدان ، ولكنه بلا شك لا يعتبر كذلك في بعض البلدان الأخرى ، وفي هذا البلد في هذه الأوقات .

المثال الثالث: ما تحصل به الرؤيا في بناء الدور ، فقد كان في الماضي بناء الدور على نسق واحد وبالتالي يكفي رؤية أحدها ، وأما الآن فقد اختلفت الدور في غالب جوانبها ، وتبعاً لذلك لا بد من رؤية الدار المشتراة بعينها .

المثال الرابع: مسائل الحرز والنفقة ونحوهما .

السبب الثاني: فساد الزمان وانحراف أكثر أهله عن جادة الحق ، ولهذا أمثلة :

المثال الأول: قبول شهادة الأمثل فالأمثل والأقل فجوراً فالأقل ؛ لأن العدالة ندرت وعزت في هذا الزمان .

المثال الثاني: يعين من القضاة إذا لم يوجد العدول أصلحهم وأقلهم فجوراً ؛ لئلا تضيع المصالح وتتعطل الحقوق والأحكام ، فقد حسن ما كان قبيحاً ، واتسع ما كان ضيقاً وأصبح خيار زماننا أراذل العصر الأول ، وولاية الأراذل فسوق .

المثال الثالث: جواز تحليف الشهود عند إلحاح الخصم ، واستحسان الحاكم ؛ لفساد الزمان وكثرة شهادة الزور.

المثال الرابع: جواز إغلاق المساجد في غير أوقاتها مع كونها أماكن للعبادة ؛ حماية لملحقاتها من اللصوص .

المثال الخامس: جواز أخذ أجرة على تعليم العلم الشرعي والإمامة والخطابة ؛ لقعود الهمم عنها من غير أجر .

القواعد الكلية غير الكبرى

القاعدة الأولى :

قاعدة ((التابع تابع))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

(**التابع**) التابع لغيره في الوجود ، ويصدق على ثلاثة أمور :

الأمر الأول: ما كان جزءاً من الشيء (بأن كان التبعيض يضره) ، كالجلد واليد من الحيوان .

الأمر الثاني: ما كان كالجزء من الشيء (بأن كان التبعيض لا يضره) كالجنين بالنسبة للأم ، واللبن بالنسبة لذوات اللبن ، والفص بالنسبة للخاتم ، والشجر والبناء القائم في الأرض .

الأمر الثالث: ما كان من ضرورات الشيء ، كالمفتاح للقفل ، وكالطريق للدار ، والغمد للسيف .

وضابطها : ما لا يوجد مستقلاً بنفسه بل يتبع غيره في الوجود .

(**تابع**) أي : تابع له في الحكم سواء كان بثبوت الملك بشراء أو هبة أو إرث ونحو ذلك ، أو بسقوطه ببيع أو وقف ونحو ذلك .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن ما كان تابعاً لغيره في الوجود لا ينفرد عنه بالحكم بل يكون داخلاً في الحكم مع متبوعه .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول: إذا بيعت الأم دخل الجنين في البيع تبعاً وإن لم ينص عليه .

المثال الثاني: إذا ضرب بطن امرأة حامل فماتت ثم بعد موتها ألقت جنيناً ميتاً فعلى الضارب دية الأم، ولا غرة في الجنين ، وتعتبر غرته داخلة في دية أمه لكونه تبعاً لها .

المثال الثالث: إذا باع قفلاً دخل في البيع جميع مفاتيحه ضمناً لأنها تابعة له .

المثال الرابع: إذا باع أرضاً دخل ما فيها من الأشجار المثمرة بلا خلاف وغير المثمرة على الصحيح.

المثال الخامس: لو ادعى شخص على آخر بسيف وحكم له ، فإنه يحكم بالسيف وحليته .

المثال السادس: لو شهد شخص لآخر بخاتم دخل فيه الفص تبعاً .

وفي القاعدة تفصيلات أخرى توضحها القواعد المندرجة تحتها وهي :

القاعدة الفرعية الأولى:

(من ملك شيئاً ملك ما هو من ضروراته)

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

(شيئاً) : التعبير بهذا اللفظ ليشمل العين والتصرف ، وقيل بل هي أعم من ذلك .

(ضروراته) : ليس المراد هنا معنى الاضطرار ، وإنما المراد معنى اللزوم سواء كان اللزوم عقلياً أو عرفياً .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن من ملك عيناً أو تصرفاً ملك ما هو من لوازمهما عقلاً أو عرفاً ولو لم يشترط ذلك في العقد .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : من اشترى داراً ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه ما لم يكن في ملك خاص .

المثال الثاني : من ملك أرضاً فإنه يملك ما فوقها وما تحتها فيحق له البناء في فضائها أو الحفر في أعماقها ما شاء ؛ لأن فضاءها وأعماقها من لوازمها .

المثال الثالث : من اشترى مصنعاً فإنه يملك جميع الآلات التي يتوقف عليها عمل المصنع ؛ لأن الآلات من لوازم المصنع .

المثال الرابع : من اشترى بقرة حلوباً لأجل لبنها دخل في البيع لبنها .

المثال الخامس : من اشترى غنماً دخل في البيع صوفها على ظهرها .

المثال السادس : من ملك التصرف بالمبيع كالدلال مثلاً ، فقد ملك ما هو من لوازم هذا التصرف كوضع السلعة عند أصحاب الدكاكين ، فلو وضع الدلال السلعة عند صاحب الدكان فهرب صاحب الدكان بالسلعة ، فإن الدلال لا يضمن لأنه ملك التصرف بالمبيع فملك ما هو من لوازمه وهو وضع السلعة عند صاحب الدكان ، والتصرف في حدود الملك يمنع الضمان .

ويلاحظ وجود نوع تداخل بين هذه القاعدة وما يتعلق بنظرة العرف فيما يدخل تحت المبيع ولهذا أدرج اللزوم العرفي ضمن هذه القاعدة .

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكلية :

سبق الحديث أن التابع على ثلاثة أقسام منها ما كان من ضرورات الشيء ، وهذا القاعدة تتحدث عن هذا القسم على وجه التحديد ، وبالتالي فهي تتحدث عن جزء من معنى القاعدة الكلية .

القاعدة الفرعية الثانية :

(التابع لا يفرد بالحكم)

معنى القاعدة :

أن التابع بحسب معناه المتقدم لا يصح إفراده ببيع ولا هبة أو نحو ذلك ؛ لأنه بمنزلة المعدوم .

استشكال وجوابه :

ذكر بعض العلماء هذه القاعدة هكذا مطلقة ومثل لها بعدة أمثلة ثم ذكر الصور المستثنية منها ، وبعضهم لم يرتض هذا الإطلاق وذلك المنهج ، وأضاف على القاعدة قيوداً تضبطها ، ومن هؤلاء الشيخ أحمد الزرقا حيث يقول : ((هذه القاعدة مضطربة التطبيق والفروع ؛ لأن صيغتها فيما يظهر أعم من موضوعها ، ولهذا لم يذكر لها الشراح مستثنيات كثيرة)) ، وقد رأى أن تقيد هذه القاعدة بقيدين :

القيد الأول : أن يكون معنى التابع فيها ما كان جزءا من غيره أو كان كالجزء .

القيد الثاني : أن يكون المراد بالحكم فيها هو العقد .

ولذلك نجده يشرح القاعدة بقوله : (فالمراد بها فيما أعتقد أن التابع الذي هو من قبيل الجزء أو كالجزء من غيره ، لا يصلح أن يكون محلاً في العقود ، أي معقوداً عليه)) ، وبناء على ما تقدم فإن المثال الذي يتوافر فيه القيدان السابقان يعد من الأمثلة الداخلة تحت هذه القاعدة وإلا فلا .

الأمثلة على القاعدة :

أولاً : الأمثلة الداخلة في القاعدة :

المثال الأول : الجنين في بطن أمه لا يباع منفرداً ولا يجوز استثناؤه .

المثال الثاني : اللبن في الضرع ، واللؤلؤ في الصدف ، والصوف على ظهر الغنم ، والجلد على الحيوان ، والنوى في التمر ، وكل ما كان اتصاله خلقة يأخذ حكم ما سبق .

المثال الثالث : الصفات كالحرفة والمهارة تابعة لموصوفها ، فلو اشترى عبداً كاتباً أو نجاراً ، فإن الكتابة والنجارة تابعة للعبد ، غير مستقلة بنفسها ، فلا يقابلها شيء من الثمن ،

ويظهر هذا فيما لو اشترى عبداً ، واشترط كونه كاتباً أو نجاراً ، فبان بخلاف ذلك ، فإنه يأخذه بكامل الثمن أو يتركه .

ثانياً : الأمثلة الخارجة عن القاعدة :

المثال الأول : يجوز بيع المفتاح دون قفله ، والغمد دون سيفه ؛ لأن التابع هنا ليس جزءاً ولا كالجزء .

المثال الثاني : لو ضرب إنسان بطن امرأة حامل فأسقطت جنينها ميتاً ، فإن الضارب يلزمه دية الجنين وهي غرة عبد أو أمة ؛ لأن المترتب على الضرب هنا ضمان والضمان ليس عقداً فجاز إفراده بالحكم .

القاعدة الفرعية الثالثة :

(يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها) [1]

معنى القاعدة :

أي يتسامح ويتساهل في الأمور إذا كانت تبعاً وضمناً ـ من جهة تحقق الشرائط الشرعية ـ ، ما لا يتسامح ولا يتساهل فيه إذا كانت أصلاً ومقصوداً .

فإن الشيء قد يكون أصلاً فتشترط له بعض الشروط ، ولكن إذا ثبت ضمناً أو تبعاً لشيء آخر فإنه يتساهل ـ من باب الضرورة ـ في استيفاء تلك الشروط .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : من حلف لا يشتري صوفاً فاشترى شاة على ظهرها صوف لم يحنث ؛ لأن الصوف دخل في البيع تبعاً للشاة لا قصداً فاغتفر فيه .

المثال الثاني : من حلف لا يشتري خشباً أو إسمنتاً أو حديداً فاشترى داراً لم يحنث ؛ لأن ما في الدار من خشب وإسمنت وحديد دخل تبعاً فليس مقصوداً في العقد .

المثال الثالث : يشترط في الوقف أن يكون عقاراً أو مالاً ثابتاً ، فلا يصح وقف المنقولات إلا ما تعورف عليه ككتب العلم ، ولكن لو وقف عقاراً بما فيه من منقولات ، صح الوقف فيها تبعاً للعقار .

المثال الرابع : يجوز الرمي إلى الكفار المترسين بأسرى المسلمين ؛ لأن رمي المسلمين ليس مقصوداً بل هو تبع لرمي الكفار .

المثال الخامس : لو حج إنسان عن غيره وصلى عنه ركعتي الطواف صح ذلك ؛ لأن النيابة في الصلاة جاءت تبعاً للنيابة في الحج .

المثال السادس : لو أصيب المحرم بحادث نتج عنه كشط جلده وزال منه شعر فلا فدية

---

١) من صيغ القاعدة :

- (يغتفر في الشيء ضمناً ما لا يغتفر فيه قصداً).
- (قد يثبت الشيء ضمناً وحكماً ولا يثبت قصداً).
- (يغتفر في الثواني ما لا يغتفر في الأوائل).

عليه ؛ لأن إزالة الشعر جاءت تبعاً .

المثال السابع : جواز الصلاة على غير الأنبياء بلا خلاف إذا كانت الصلاة عليهم مع الأنبياء .

المثال الثامن : لو شهد النساء بالولادة على فراش رجل ثبت النسب بشهادة النساء تبعاً لا قصداً وأصالة.

القاعدة الفرعية الرابعة :

(إذا سقط الأصل سقط الفرع)

هذه القاعدة مطردة في الجملة مع الحس والعقل ، فما كان أصلاً لشيء في الوجود فإن الفرع يهلك بهلاك الأصل ، ويسقط بسقوطه ، ونحو ذلك .

فالإيمان مثلاً أصل الأعمال الصالحة فإذا زال حبط معه العمل ؛ لأن اعتبارها مبني عليه .

ومثله الشجرة إذا ذوت ذوى ثمرها وأغصانها .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : الدائن إذا أبرأ المدين الأصيل برأ الكفيل والضامن ، ولا عكس .

المثال الثاني : لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة ، فإذا هلك يهلك أمانة ، فلا يضمن إلا عند التعدي أو التفريط ، بخلاف ما لو كان بعد وفاء الدين فإنه مضمون .

المثال الثالث : الحائض والنفساء تسقط عنهما الصلوات الخمس فتسقط عنهما السنن الرواتب التابعة لها .

المثال الرابع : إذا مات الموكل أو جن انعزل الوكيل تبعاً لذلك فلا يبقى له حق التصرف .

المثال الخامس : من فاته الحج فتحلل بأعمال العمرة فلا يأتي بالرمي ولا المبيت لأنهما تابعان للوقوف بعرفة ، وقد سقط .

القاعدة الفرعية الخامسة :

(قد يثبت الفرع دون الأصل)

وهي عكس ما تقدم ويمكن اعتبارها مستثناة من القاعدة الكلية ؛ وذلك أن العادة جرت بأن الأصل إذا انتفى انتفى معه الفرع كما سبق في القاعدة الفرعية الرابعة ، ولكن أحياناً وفي بعض الأحكام القليلة يثبت الفرع التابع مع انتفاء الأصل المتبوع .

فهذه القاعدة أبطلت وجود التلازم بين الأصل والفرع ، فقد يوجد الأصل دون الفرع ، وهو كثير كالمدين إذا لم يكن له كفيل ؛ إذ ليس لكل أصل فرع .

وقد يوجد الفرع ابتداءً دون وجود الأصل ، كما لو قال رجل : إن لفلان على فلان ديناً وأنا كفيل به ، فأنكر الأصيل ذلك الدين ، فادعى الدائن على الكفيل بالدين لزم الكفيل أداؤه ، ونحو ذلك.

وكما لا تلازم بينهما في الوجود ، لا تلازم بينهما في السقوط بعد الوجود ، فلا يلزم من إبراء الكفيل إبراء المدين الأصلي ، فلم يسقط الأصل بسقوط الفرع وهذا ظاهر.

وأما عدم سقوط الفرع بسقوط الأصل فكما لو كانت الكفالة بالشخص فأبرأ الدائن المدين سقط الدين وبقيت الكفالة الحضورية فيطالب الكفيل بإحضاره .

وكذلك لا تلازم بينهما في السلطة والصلاحية .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : لو ادعى الزوج الخلع فأنكرت المرأة ، بانت منه ، ولم يثبت له المال الذي هو الأصل ، وثبتت البينونة التي هي فرع عن المال .

المثال الثاني : لو أقر شخص لمجهول النسب أنه أخوه احتاج ذلك إلى تصديق الأب ، فإن أنكر الأب ولم يمكن إثبات بنوته بالبينة لا تثبت حينئذ ، ولكن إقرار الأخ يؤاخذ عليه فيقاسمه حصته من ميراث أبيه .

المثال الثالث : لو قال شخص : لزيد على عمرو ألف ، وأنا ضامن ، فأنكر عمرو ، لزم القائل وهو الكفيل الألف إن ادعاها زيد .

القاعدة الفرعية السادسة :

(إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه)

هذه القاعدة وردت بعبارة أخرى وهي : إذا بطل المتضمِن بطل المتضمَن.

والبعض ألحقها بقاعدة إذا سقط الأصل سقط الفرع ، وفي هذا تجوز وتساهل ؛ وذلك لأن تضمن الأصل للفرع صورة من صور التضمن وليس الصورة الوحيدة .

معنى القاعدة :

أن المتضمَن يكون مصاحباً في الحكم للمتضمِن ، فإذا بطل بطل معه ، وإذا نسخ نسخ معه وهكذا .

فإذا بطلت الصلاة مثلاً بطل ما تضمنته من فروض وواجبات وسنن وآداب ، وإذا بطل العقد بطل ما تضمنه من شروط والتزامات وهكذا .

وليس هذا مقتصراً على بطلان المتضمَن فقط بل يبطل أيضاً ما ينى عليه ، ولهذا اقترح الشيخ مصطفى الزرقا أن يكون نص القاعدة : ((إذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه وما بني عليه))، ومثل على ذلك بـ : ما لو تبايعا وتم التقابض ، وأبرأ كل منهما الآخر عن كل حق ودعوى تتعلق بهذا المبيع ، ثم استحق المبيع من يد المشتري ، فإنه يرجع بالثمن على البائع ؛ لأنه لما بطل البيع باستحقاق المبيع بطل الإبراء المبني عليه .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : إذا صالح شخص خصمه على بدل ، ثم اعترف المدعي بعد الصلح بأنه لم يكن له حق عند خصمه ، بطل الصلح معه ، فيبطل ما تضمنه من تمليك البدل ، فيحق للمصالح استرداده .

المثال الثاني : إذا اشترى سلعة وظهر أن فيها عيباً ، وصالح البائع المشتري عن العيب ، ثم زال العيب بنفسه بطل الصلح ويرد المشتري ما أخذه من البائع .

القواعد الكلية غير الكبرى :

القاعدة الثانية :

قاعدة ((لا مساغ للاجتهاد في مورد النص))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

قولهم : (**لا مساغ**) أي : لا منفذ ولا طريق ، ونتيجته لا جواز ولا صحة .

قولهم : (**الاجتهاد**) هو بذل الوسع من الفقيه في طلب أو تحصيل حكم الشرعي بطريق الاستنباط من دليله ، والمراد هنا : ما كان بطريق القياس والرأي .

قولهم (**مورد**) أي محل وموضع .

قولهم : (**النص**) المراد به هنا : خطاب الشارع من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الصحيحة الثابتة ، ويدخل فيها هنا الإجماع الثابت بالنقل الصحيح .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أنه لا يجوز ولا يصح الاجتهاد باستعمال القياس والرأي لإيجاد حكم في مسألة ما قد ورد فيها نص شرعي من كتاب أو سنة أو إجماع صحيحين ثابتين .

أدلة القاعدة :

الدليل الأول: قول الله تعالى : ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا ﴿٣٦﴾﴾ الآية .

الدليل الثاني: حديث معاذ بن جبل رضي الله عنه حين بعثه الرسول صلى الله عليه وسلم إلى اليمن وسأله : كيف تقضي ... الحديث . ووجه الدلالة منه : أنه أخر الاجتهاد إلى حين عدم وجود النص الشرعي ، وصوبه النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك .

الدليل الثالث: العقل : فإن الحكم الشرعي حاصل بالنص ، فلا حاجة لبذل الوسع في تحصيله . ثم إن الاجتهاد ظني والنص قطعي ، والحكم القطعي مقدم على الحكم الظني .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : لو اجتهد مجتهد في تسوية البنت مع الابن في الميراث ، فإن اجتهاده محرم وباطل ؛ لأنه يخالف نصاً شرعياً ، وهو قوله تعالى : ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِيٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ لِلذَّكَرِ مِثۡلُ حَظِّ ٱلۡأُنثَيَيۡنِۚ ﴾ .

المثال الثاني : لو اجتهد مجتهد أو قضى حاكم بعدم صحة مراجعة الزوجة الرجعية بدون رضاها ؛ فإن اجتهاده محرم وباطل ؛ لأنه يخالف نصاً شرعياً ، وهو قوله تعالى : ﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنۡ أَرَادُوٓاْ إِصۡلَٰحٗاۚ ﴾ .

المثال الثالث : لو اجتهد مجتهد بتحليف المدعي أو طلب البينة من المدعى عليه ؛ فإن اجتهاده محرم وباطل ؛ لمخالفته النص الشرعي وهو حديث : ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)) .

المثال الرابع : لو قضى حاكم بحل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد الزوج الثاني ؛ فإن ذلك محرم وباطل ؛ لمخالفته النص الشرعي وهو حديث : **((لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك))** .

تنبيه :

مثل لفظ الكتاب والسنة شرط الواقف ولفظ الموصي ، فإنهما كنص الشارع في المفهوم والدلالة ووجوب العمل ، ما لم يكن ذلك مخالفاً لحكم الشرع .

ثم إن النص يراد به ما سبق وهو الكتاب والسنة والإجماع .

وأيضاً : النص من حيث الدلالة ، وهو : ما لا يحتمل معنى آخر فلا مجال للاجتهاد فيه بخلاف الظاهر والمجمل فإنه يحتمل معاني متعددة وبناء عليه يجوز الاجتهاد في ترجيح أحدها على الآخر .

القاعدة الثالثة :

قاعدة ((الاجتهاد لا ينقض بمثله))

معنى القاعدة :

أنه إذا حصل اجتهاد أو قضاء في مسألة ما ، وأمضي الحكم الذي تضمنه هذا الاجتهاد ، ثم وقعت مسألة مشابهة لها فحصل اجتهاد آخر مساوٍ له في القوة ، ومخالف له في الحكم ، فإن الحكم الذي حصل بالاجتهاد الأول لا ينقض بالاجتهاد الثاني ؛ لأنه لو نقض الاجتهاد الأول بالاجتهاد الثاني لم تستقر الأحكام ، وإنما يعمل بالاجتهاد الجديد في المسائل والنوازل المستقبلية .

دليل القاعدة :

دل على هذه القاعدة : الإجماع ، وذلك أن أبا بكر الصديق ﷺ حكم في مسائل باجتهاده، وخالفه فيها عمر ﷺ ، فلما ولي عمر ﷺ لم ينقض تلك المسائل، ووافقه الصحابة ﷺ على ذلك فكان إجماعاً ، ولقول عمر ﷺ أيضاً : ((ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضي)) .

تنبيهات على القاعدة :

التنبيه الأول : مفهوم القاعدة أن الاجتهاد ينقض بالنص الشرعي إذا كان الاجتهاد مخالفاً للنص الشرعي .

التنبيه الثاني : مفهوم القاعدة أن الاجتهاد ينقض باجتهاد أقوى منه، كأن يكون أحدهما مستنداً إلى قياس، والآخر إلى نص، وهذا من جهة الدليل. وأما من جهة المدلول فكأن يكون أحدهما مستنداً إلى منطوق والآخر إلى مفهوم، أو عموم وخصوص، أو إطلاق وتقييد.

التنبيه الثالث : هذه القاعدة خاصة بالأحكام التي مضت، وأما الأحكام في المستقبل، فإن الاجتهاد الأول ينقض بالاجتهاد الثاني، ويتحول المجتهد إلى مقتضى الاجتهاد

الجديد.

التنبيه الرابع : أن المجتهد لا ينقض اجتهاده إذا تبدل باجتهاد آخر مماثل، كما لا ينقض اجتهاد غيره ممن سبقه ، لتحقق صفة الاجتهاد فيهما ، وعدم وجود المرجح بينهما .

التنبيه الخامس: ما ذكر في القاعدة إنما هو في القاضي المجتهد، أما المقلد الذي تقلد القضاء مقيداً بمذهب معين ، فإنه يتقيد به ، فلو حكم بخلافه فإنه ينقض وإن وافق أصلاً مجتهدا فيه .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول: إذا صلى الإنسان إلى جهة بناء على الاجتهاد ، ثم اجتهد في القبلة مرة أخرى فتغير اجتهاده ، فإنه لا يحكم على صلاته الأولى بالبطلان ؛ لأنه بناها على الاجتهاد ، والاجتهاد لا ينقض بمثله .

المثال الثاني: إذا اجتهد القاضي في مسألة وحكم فيها ، ثم عرضت له مسألة أخرى مشابهة لها ، فاجتهد فيها وتغير اجتهاده ، فإنه لا يعود للمسألة الأولى لينقض حكمه فيها ؛ لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله .

القاعدة الرابعة :

قاعدة ((ما حرم أخذه حرم إعطاؤه))[1]

معنى القاعدة :

أن الشيء المحرم الذي لا يجوز لأحد أن يأخذه ويستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يقدمه لغيره ويعطيه إياه ، سواء أكان على سبيل المنحة ابتداءً أم على سبيل المقابلة ؛ وذلك لأن الإعطاء عندئذٍ يكون من باب الدعوة إلى المحرم والإعانة والتشجيع على أخذه ، فيكون المعطي شريك الآخذ في الإثم ، وقد قال الله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ .

دليل القاعدة :

دل على هذه القاعدة أدلة عامة وأخرى خاصة .

فمن العام قوله تعالى : ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُواْ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾ .

ومن الخاص قوله ﷺ : ((لعن الله آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه)) .

وفي الحديث : لعن رسول الله ﷺ الراشي والمرتشي والرائش .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : يحرم إعطاء الربا كما يحرم أخذه .

المثال الثاني : يحرم إعطاء الرشوة كما يحرم أخذها .

المثال الثالث : لا يجوز دفع الصدقة لمن له قوة على الكسب كما لا يجوز أخذها .

المثال الرابع : لا يجوز دفع الأجرة للنائحة ولا للمغني ولا الكهان والمنجمين كما لا يجوز أخذها مقابل تلك الأفعال .

---

١) ويقرب منها في معنى سد أبواب الحرام قاعدتي : ((ما حرم فعله حرم طلبه)) و ((ما حرم استعماله حرم اتخاذه)) .

مستثنيات من القاعدة :

من المسائل المستثناة من هذه القاعدة :

المسألة الأولى : يجوز إعطاء الرشوة للحاكم أو لمن يمنع الحق إلا بها لكي يصل المعطي إلى حقه ، والإثم على الآخذ فقط .

المسألة الثانية : يجوز للوصي دفع بعض مال اليتيم لتخليص الباقي من غاصبه إذا لم يمكن تخليصه بدون ذلك .

المسألة الثالثة : ما يدفعه المستقرض بالربا في حالة **الاضطرار** إلى الاستقراض .

القاعدة الخامسة :

قاعدة ((إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل))[1]

معنى القاعدة :

أن الشيء الأصلي إذا بطل وامتنع تحصيله فإنه يعدل عنه إلى تحصيل بدله ، أما لو كان الأصل موجوداً بعينه وأمكن تحصيله ، فلا يعدل عنه إلى بدله .

دليل القاعدة :

دل على هذه القاعدة أدلة كثيرة من الكتاب والسنة ومنها :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ .

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن فَتَيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ .

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ ﴿٢٣٨﴾ فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا﴾ .

الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿وَإِذَا ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَن يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا ۚ إِنَّ الْكَافِرِينَ كَانُوا لَكُمْ عَدُوًّا مُّبِينًا ﴿١٠١﴾﴾ .

الدليل الخامس : قوله ﷺ : ((صل قائماً فإن لم تستطع فقاعداً فإن لم تستطع فعلى جنبك)) .

الأمثلة على القاعدة :

المثال الأول : العين المغصوبة يجب ردها إذا كانت قائمة بحالها ، فإن هلكت رد بدلها من مثل أو قيمة .

[1]) يمكن اعتبار الأصل هنا بمقام العزيمة ، والبدل بمقام الرخصة ، ومن المعلوم أنه لا يجمع بين البدل والمبدل ، كما لا يجمع بين العزيمة والرخصة .

المثال الثاني : إذا مات الزوج حين إهلال الشهر كانت العدة بالأهلة لأنها الأصل ، فإن مات أثناء الشهر فالعدة بالأيام فتعتبر المرأة الشهر ثلاثون يوماً . ونحو ذلك في الإجارة وأجل البيع .

المثال الثالث : الأصل في إثبات الأحكام البينة الشرعية ، فإذا تعذرت البينة ينتقل إلى بدلها وهو الاستصحاب .

القاعدة السادسة :

قاعدة ((التصرف على الرعية منوط بالمصلحة))

معنى القاعدة :

أن من ولي من أمور جماعة المسلمين أو أفرادهم ولاية عامة أو خاصة ، فإن أعماله وتصرفاته النافذة على الرعية في حقوقها العامة أو الخاصة يجب أن تبنى على مصلحة الجماعة ، وإلا لم تكن صحيحة ونافذة شرعاً .

والعلة في ذلك أن الوالي بمنزلة الوكيل والناظر على الوقف والوصي على اليتيم ، وتصرفه حينئذ لا بد أن يبنى على مصلحة الموكل أو الوقف أواليتيم .

أدلة القاعدة :

الدليل الأول: قوله ﷺ : ((ما من عبد يسترعيه الله رعية يموت يوم يموت وهو غاش لرعيته إلا حرم الله عليه الجنة)) متفق عليه .

الدليل الثاني: قوله ﷺ : ((من ولي من أمور هذه الأمة عملاً فلم يحطها بنصح لم يرح رائحة الجنة)) وفي رواية : ((ما من أمير يلي أمور المسلمين ، ثم لم يجهد لهم وينصح لهم كنصحه وجهده لنفسه ، إلا لم يدخل معهم الجنة)) .

الدليل الثالث: قوله ﷺ : ((من استعمل رجلاً من عصابة وفيهم من هو أرضى لله منه ، فقد خان الله ورسوله والمؤمنين)) رواه الحاكم .

أمثلة القاعدة :

المثال الأول: ليس لولي الأمر العفو عن عقوبات الحدود مطلقاً ولا عن غيرها من الجرائم والعقوبات إذا كان في ذلك تشجيع على الإجرام وانتشار له .

المثال الثاني: ليس لإمام أو أمير أو قاض أن يمنع محاسبة من تحت أيديهم أموال العامة أو القاصرين ، كالناظر على الوقف ووصي اليتيم .

المثال الثالث: لا يحق للولي السماح بشيء من المفاسد المحرمة شرعاً كالفسق والخمر

والقمار ولو بحجة جباية الضرائب منها .

المثال الرابع : يجب على الوالي أن يعين لإمامة الصلاة إماماً عدلاً ؛ لأن ذلك مصلحة، ولا يجوز أن يعين فاسقاً ؛ لأن الصلاة خلفه مكروهة ، ولا مصلحة للصلاة المكروهة .

المثال الخامس : يجب على ولي اليتيم ألا يتصرف في مال اليتيم ببيع أو إيجار ونحو ذلك إلا بالأصلح له لأن ذلك مصلحة .

المثال السادس : يجب على إمام المسلمين التسوية بينهم في العطاء من بيت المال ، وإن فاضل فبحسب الدين والنفع للمسلمين لا بحسب الهوى والتشهي .

المثال السابع : يجب على ولي الأمر تزويج المرأة التي ليس لها ولي ، وأن يزوجها من كفء لأن في ذلك مصلحة ، ولا يجوز له تزويجها من غير كفء لأنه لا مصلحة في ذلك .

المثال الثامن : ناظر الوقف ليس له إحداث وظيفة بغير شرط الواقف ، وإن كان هناك فاضل من الغلة ، وليس له تأجيره بغبن فاحش ، أو محاباة أحد من أقاربه على حساب مصلحة الوقف .

القاعدة السابعة :

قاعدة ((لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن))

معنى القاعدة :

أنه لا يحل لأحد ولا يصح منه أن يتصرف في ملك غيره تصرفاً فعلياً أو قولياً بدون إذن من المالك أو الشرع .

ومفهومها : أنه يجوز للإنسان ويصح منه أن يتصرف في ملك غيره بإذن من المالك ـ صريح أو عن طريق الدلالة ـ أو بإذن من الشرع .

أدلة القاعدة :

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بكل دليل فيه جواز التصرف في ملك الغير بإذنه ، أو عدم الجواز إلا باشتراط الرضا ومن ذلك :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴿٢٩﴾ ﴾

الدليل الثاني : قوله ﷺ : ((كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)) .

الدليل الثالث : قوله ﷺ : ((لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه)).

أمثلة القاعدة :

❖ **الأمثلة على منطوق القاعدة :**

المثال الأول : لو باع إنسان بيتاً لغيره بدون إذنه لم يصح إلا بإجازة المالك ؛ لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

المثال الثاني : لو أخذ إنسان سيارة لغيره واستعملها بدون إذنه فلا يحل له ولا يصح تصرفه ويعد غاصباً ، فلو تلفت السيارة عنده أو لحقها عيب فإنه يضمنها مطلقاً ، ولو بلا تعدٍ أو تفريط .

المثال الثالث: لو أمر شخص إنساناً بأن يأخذ مال غيره ويحرقه فلا عبرة بأمره والضمان على الفاعل .

❖ **الأمثلة على مفهوم القاعدة :**

المثال الأول: لو إذن شخص لغيره بأن يبيع سيارته فباعها جاز وصح تصرفه ؛ لوجود الإذن الصريح .

المثال الثاني: لو نزل شخص عند غيره ضيفاً ، فتصرف الضيف في بعض مال مضيفه كالجلوس على فراشه أو استخدام ضوئه أو تكييفه أو الشرب من مائه صح تصرفه ؛ لوجود الإذن دلالة .

المثال الثالث: الأجير لرعي الغنم إذا رأى شاة أشرفت على الهلاك جاز له ذبحها لئلا تموت حتف أنفها فلا ينتفع بها صاحبها ، فلا ضمان عليه لوجود الإذن دلالة .

المثال الرابع: ولي اليتيم يصح تصرفه في مال اليتيم عن طريق إذن الشارع .

القاعدة الثامنة :

قاعدة ((الجواز الشرعي ينافي الضمان))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

((**الجواز الشرعي**)) كون الشيء مباحاً فعله أو مباحاً تركه .

((**الضمان**)) هو تحمل المسؤولية والالتزام بتعويض مالي عن ضرر للغير.

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن الأمر المباح شرعاً ، فعلاً كان أو تركاً ، إذا ترتب عليه إتلاف ، فإن المباشر لذلك التصرف لا يضمن ما ترتب عليه ؛ لأن تسويغ الشارع ذلك الفعل أو الترك يقتضي رفع المسؤولية عنه وإلا لم يكن جائزاً ، ولكن ذلك بشرطين :

الأول : ألا يكون هذا الأمر المباح مقيداً بشرط السلامة .

الثاني : ألا يكون هذا الأمر المباح عبارة عن إتلاف مال الغير لأجل نفسه .

وقد جمع الشيخ مصطفى الزرقا هذين الشرطين في قيد واحد حيث قال ـ رحمه الله ـ : (وهذه القاعدة فيما يظهر مقيدة بأن يكون الجواز الشرعي جوازاً مطلقاً ، فإن كان جوازاً مقيداً فلا ينافي الضمان) ، ولهذا اقترح أن يعبر عن هذه القاعدة بلفظ : (الجواز الشرعي المطلق ينافي الضمان).

أدلة القاعدة :

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بدليل عقلي يقال فيه :

إن الجواز الشرعي في أمرٍ ما يمنع كونه تعدياً ، وإذا امتنع كونه تعدياً امتنع الضمان ، كما أنه إذا ثبت التعدي ثبت الضمان .

ويمكن أن يستدل لبعض صور القاعدة ، وهي التي يكون فيها الفاعل محسناً بقوله تعالى : ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ ۚ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٩١﴾﴾ قال الشيخ عبدالرحمن السعدي ـ رحمه الله ـ : (ويستدل بهذه الآية لقاعدة ، وهي : أن من أحسن لغيره في نفسه أو ماله ونحو ذلك ، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف فلا يضمن ؛ لأنه محسن ، ولا سبيل على

المحسن).

أمثلة القاعدة :

❖ **الأمثلة على الجواز الشرعي المطلق :**

المثال الأول : لو حفر الإنسان بئراً في ملكه ، فسقط فيها إنسان أو حيوان ، وحصل عليه تلف ، فلا ضمان على الحافر ؛ لأن فعله في ملكه وجائز له شرعاً .

المثال الثاني : لو استأجر إنسان سيارة أو دابة ليحمل عليها ، ثم حمّلها الحمل المعتاد فتلفت ، فإنه لا يضمن ذلك التلف ؛ لأنه فعل جائز له شرعاً .

المثال الثالث : لو امتنع الملتقط من تسليم اللقطة لصاحبها حتى يأخذ النفقة التي أنفقها عليها بإذن القاضي ، فهلكت اللقطة في يده ، لم يضمنها ولا تسقط نفقته بهلاكها ؛ لأن امتناعه جائز .

❖ **أمثلة خارجة عن القاعدة لفقدها أحد الشرطين السابقين :**

المثال الأول : لو أتلف شخص شيئاً لغيره عند مروره بالطريق العام ، فإنه يضمن ما أتلفه ؛ لأن المرور في الطريق العام وإن كان جائزاً إلا أنه مقيد بشرط السلامة .

المثال الثاني : لو اضطر إنسان إلى طعام غيره ، فإنه يضمنه ؛ لأن الإتلاف وإن كان جائزاً شرعاً بل واجب ، إلا أنه هنا أتلف مال غيره من أجل بقاء نفسه ، والجواز مقيد شرعاً بحفظ حقوق الغير .

القاعدة التاسعة : قاعدة ((يضاف الفعل إلى الفاعل لا الآمر ما لم يكن مجبراً))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

((**يضاف الفعل**)) أي : ينسب حكمه ؛ لأن بحث الشارع عن أفعال المكلفين من حيث أحكامها .

((**الفعل**)) ما صدر من فاعل على وجه التعدي على نفس أو مال .

((**الفاعل**)) العاقل البالغ .

((**الآمر**)) هو كل من يصدر منه أمر لغيره ليفعل شيئاً بدون إلزام أو إكراه .

((**مجبراً**)) أي : مكرِهاً إكراهاً ملجئاً .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن الإنسان العاقل البالغ إذا فعل فعلاً تعدى فيه على نفس أو مال ، وذلك الفعل بأمر من غيره فإن حكم الفعل يتعلق بالفاعل دون الآمر إلا أن يكون الآمر مجبراً ومكرهاً للفاعل إكراهاً ملجئاً ، فحينئذ يتعلق حكم الفعل بالآمر دون الفاعل ؛ لأن الفاعل في هذه الصورة في حكم الآلة .

ويلحق بصورة الإكراه والإجبار، صورة التغرير، وبالتالي فإن الفعل يضاف إلى الآمر في حالتين: الحال الأولى: حالة الإكراه والإجبار. الحال الثاني: حالة التغرير.

والإكراه قد يكون حقيقياً كما هو معروف ، وقد يكون حكمياً كأمر السلطان والوالي.

ويمكن تقييد هذه القاعدة بألا يكون الفعل المأمور به لمصلحة الآمر ، وإلا كان الآمر في حكم الموكل ، والمأمور يقوم مقام الوكيل ، كما لو أمره بقضاء دين على الآمر ، فإن المأمور يكون كالوكيل .

أدلة القاعدة :

يمكن الاستدلال لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ .

وجه الدلالة : بين الله أنه لا يكلف الإنسان إلا بما كان داخلاً في حدود قدرته ،

ومفهوم ذلك عدم التكليف بما كان خارجاً عن قدرة الإنسان .

أمثلة القاعدة :

المثال الأول : لو أمر شخص آخر بأخذ مال غيره أو إتلافه ففعل المأمور ذلك ، فإن الضمان على الفاعل لا الآمر .

المثال الثاني : لو أمر شخص غيره بقتل إنسان فقتله ، فإن القصاص على الفاعل لا الآمر .

المثال الثالث : لو أجبر شخص غيره على حفر حفرة في الطريق العام فوقع فيها إنسان أو دابة وحصل عليه تلف ، فإن الضامن هو الآمر المجبر لا الحافر .

المثال الرابع : لو أمر السلطان إنساناً بإيقاد نار ففعل وترتب عليها ضرر ، فالضمان يتعلق بالسلطان الآمر دون الفاعل ؛ لأن السلطان مجبر حكماً .

المثال الخامس : لو أمر شخص صبياً أو مجنوناً بقتل دابة ففعل الصبي أو المجنون ، فإن الضمان يتعلق بالبالغ لأنه إما مجبر أو مغرر .

المثال السادس : لو قال إنسان لآخر : افتح لي باباً في جداري هذا ، ففعل ، ثم تبين أن الجدار ليس للآمر ، فإن الضمان على الآمر ؛ لأنه مغرر .

القاعدة العاشرة : قاعدة ((الخراج بالضمان))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

((الخراج)) هو: الكسب والغلة والمنفعة .

((بالضمان)) هو: تحمل ما يترتب على تلف المبيع أو نقصه أو حدوث عيب فيه .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن ما نتج عن الشيء المشترى من نتاج سواء أكان عيناً أو منفعة أو غلة أو نحوها ، فإنه يكون للمشتري ؛ وذلك مقابل ضمانه للشيء المشترى وإنفاقه عليه ، بحيث لو تلف لكان تلفه عليه .

صيغ القاعدة :

لهذه القاعدة صيغ مرادفة في الجملة ، وهي :

- الغنم بالغرم .
- النعمة بقدر النقمة .

دليل القاعدة :

نص هذه القاعدة حديث نبوي أخرجه الخمسة عن أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، وفي بعض رواياته ما يبين سبب وروده ، وهو أن رجلاً ابتاع غلاماً ، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى النبي ﷺ ، فرده عليه ، فقال الرجل : يا رسول الله قد استعمل غلامي ، فقال النبي ﷺ : ((**الخراج بالضمان**)) .

ومفهومه : أن ما لم يضمن لا يستحق خراجه ، وقد جاء هذا المفهوم مصرحاً به عند الطبراني في الكبير من حديث حكيم بن حزام أن النبي ﷺ **نهى عن ربح ما لم يضمن** .

تنبيه :

الخراج المراد هنا هو الغلة والزيادة غير المتولدة ، وأما المتولدة كولد الدابة ولبنها وصوفها ، فإنها لمالك أصلها المتولدة منه من دون نظر إلى الضمان وعدمه ، وقد جاء حديث المصراة صريحاً بذلك ، وهو قوله ﷺ : ((**لا تصروا الإبل والغنم ، فمن ابتاع**

مصراة فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها ، إن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر)) .

أمثلة القاعدة :

لو اشترى شخص سيارة ، واستعملها عدة أيام ، أو أجرها عدة أيام فكسب من ورائها مالاً ، ثم وجد بها عيباً ، فله ردها إلى البائع ، ولا يحق للبائع المطالبة بعوض عما نتج من السيارة من منفعة أو مال ؛ لأنه خراج فيكون للمشتري مقابل ضمانه للسيارة .

إذا نمى المبيع في يد المشتري ، فللشفيع أخذ المبيع دون نمائه المنفصل ؛ لأنه حق للمشتري الأول حيث حدث في ملكه وتحت ضمانه .

القاعدة الحادية عشرة : قاعدة ((الغرم بالغنم))

معنى القاعدة :

أولاً : المعنى الإفرادي :

((الغرم)) هو : الخسارة والتكاليف التي تلحق الإنسان وتلزمه لقاء شيء ما .

((بالغنم)) هو : النفع الحاصل للإنسان مقابل شيء ما .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

هذه القاعدة عكس القاعدة السابقة ، ومعناها :

أن التكاليف والخسارة التي تترتب على أمر ما تكون على من يستفيد منه شرعاً ويحصل على منفعته .

صيغ القاعدة :

لهذه القاعدة صيغة مرادفة ، وهي : النقمة بقدر النعمة .

أمثلة القاعدة :

المثال الأول : أجرة كتابة عقد البيع على المشتري ؛ لأنه المنتفع بها حيث تنتقل إلى ملكه .

المثال الثاني : لو أوقف شخص داراً للسكنى ، ثم احتاجت إلى إصلاح فالمنتفع بها هو من يتحمل نفقة إصلاحها .

المثال الثالث : نفقة رد العارية إلى المعير تكون على المستعير ؛ لأنه هو المستفيد ، بخلاف رد الوديعة فإنها على المالك المودع لأن الإيداع لمصلحته .

المثال الرابع : وجوب ضمان العين المرهونة على المرتهن ؛ لأنه المستفيد من استيفاء دينه منها .

المثال الخامس : وجوب نفقة السيد على عبده القن والمدبر ، لأن نفعه له ، بخلاف المكاتب فلا يجب أن ينفق عليه ؛ لأن نفعه لنفسه لا لسيده .

المثال السادس : تحمل بيت المال النفقة على اللقيط ؛ لأن ماله سيعود لبيت المال إذا مات.

المثال السابع : سفينة أشرفت على الغرق واحتاج ركابها إلقاء بعض الأمتعة ، فإن ضمان هذه الأمتعة على الجميع بالتساوي ، لتساويهم في نفع إلقاء تلك الأمتعة .

المثال الثامن : دار مشتركة بين اثنين أحدهما يملك ربعها والآخر يملك ثلاثة أرباعها ، واحتاجت لعمارة أو ترميم ، فإن نفقة ذلك تكون عليهما بقدر ملكهما ، لأن نفعهما بقدر ملكهما .

القاعدة الثانية عشرة : قاعدة ((الثابت بالبرهان كالثابت بالعيان))

معنى القاعدة:

أولاً : المعنى الإفرادي :

((البرهان)) هو: البينة الشرعية كالشهود العدول .

((العيان)) هو: مشاهدة الشيء بالعين .

ثانياً : المعنى الإجمالي :

أن الأمر الثابت بالبينة الشرعية يكون كالأمر الثابت بمشاهدة العين من جهة الحكم به بالحجية والإلزام ، وعدم جواز مخالفته .

أدلة القاعدة :

الدليل الأول: قوله تعالى : ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ﴾ .

الدليل الثاني: قوله ﷺ : **((البينة على المدعي واليمين على من أنكر))** .

وجه الدلالة من الآية والحديث :

أنه لو لم تكن البينة حجة قائمة مقام المعاينة لما أمر الله بالاستشهاد، ولما أمر الرسول ﷺ بإحضار البينة، فدل ذلك على أن الثابت بالدليل قائم مقام الثابت بالمشاهدة، تيسيرا للعباد وضماناً لعدم ضياع حقوقهم لو لم يقبل إلا المعاينة والمشاهدة .

أمثلة القاعدة :

المثال الأول: لو شهد الشهود العدول على ثبوت دين لشخص ، فإن الدين يثبت ؛ لأن ثبوته بالشهادة كثبوته بالمعاينة .

المثال الثاني: لو شهد الشهود العدول بأن زيداً باع بيته لعمرو ، فإن ملكية البيت تنتقل لعمرو ، ويكون ثبوته بالشهادة كثبوته بالمعاينة .

المثال الثالث: لو شهد الشهود العدول بأن زيداً كفل عمراً في دين عليه ، ثبتت الكفالة .

تنبيه :

يمكن التفريق بين ما ثبت بالبرهان وما ثبت بالعيان في شيء واحد ، وهو :

أن ما ثبت بالعيان لا تسمع الدعوى المخالفة له ، بخلاف ما ثبت بالبرهان فإن الدعوى المخالفة له تسمع ، ومثاله :

المثال الأول: لو ادعى شخص على آخر بأنه قتل ابنه ، والحاصل بالمشاهدة حياة الابن ، فلا تسمع تلك الدعوى لمخالفتها لما ثبت بالعيان .

المثال الثاني: لو ادعى شخص على آخر ديناً ، وأثبته بالبينة الشرعية ، فإنه يحكم بها ، ولو قال المدعى عليه : عندي ما يثبت أن المدعي أقر بأنه لا يطلبني شيئاً ، فإن الدعوى تسمع مع مخالفتها لما ثبت بالبرهان .

تم المنهج بحمد الله تعالى وتوفيقه